

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 83.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA DISTRACTIO PIGNORIS

EN DROIT ROMAIN

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges MARQUÈS

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU LE
JEUDI 9 MAI 1889, A 2 HEURES 1/2

Président : M. Desjardins.

Suffragants : { MM. Rataud, *professeur,*
 { Michel (Léon), *agregés.*
 { Girard,

PARIS

IMPRIMERIE DE LA SOCIÉTÉ DE TYPOGRAPHIE

8, RUE CAMPAGNE-PREMIÈRE, 8

1889

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA DISTRATIO PIGNORIS

EN DROIT ROMAIN

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

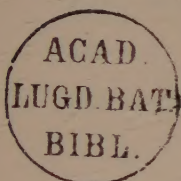
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges MARQUÈS

Avocat à la Cour d'Appel



L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU LE
JEUDI 9 MAI 1889, A 2 HEURES 1/2

Président : M. Desjardins,

Suffragants : { MM. Rataud, *professeur*,
 Michel (Léon), *agrégés*.
 Girard, }

PARIS

IMPRIMERIE DE LA SOCIÉTÉ DE TYPOGRAPHIE
8, RUE CAMPAGNE-PREMIÈRE, 8

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DE LA PIGNORIS DISTRACTIO

GÉNÉRALITÉS ET NOTIONS HISTORIQUES

La loi aurait en vain formulé des règles relatives aux obligations si, en même temps, elle n'avait indiqué divers moyens que peut employer le créancier pour assurer son paiement. Parmi ces sûretés, l'une d'entre elles s'impose au législateur de tous les temps : les biens du débiteur doivent être la garantie de l'engagement intervenu : qui s'oblige, oblige le sien. — Si complète alors que puisse paraître, au premier abord, la sécurité du créancier, elle est, dans bien des cas, insuffisante. Et en effet les biens du débiteur sont, dans ce cas, le gage *commun* de tous les créanciers ; ceux-ci se trouvent appelés au même titre, ils ont des droits égaux, indépendants de la date de leur contrat. Donc *chacun*

d'eux n'a, *individuellement*, aucune sécurité pour le paiement à intervenir. En second lieu, les biens sur lesquels les créanciers peuvent exercer leurs droits sont seulement ceux que possède le débiteur soit au jour de la saisie, soit au jour de sa mort : une simple obligation ne confère, en effet, aucun droit de suite au créancier : le gage de ce dernier est aussi vague qu'indéterminé.

Le créancier se trouve ainsi amené à exiger de son débiteur des garanties plus directes et plus précises : il doit vouloir s'assurer sur quelques-uns des biens du débiteur, ou même sur tous ces biens, un droit qu'il puisse victorieusement opposer aux autres créanciers. Pour réaliser cette préférence, on imagina, à Rome, une série d'expédients divers qui aboutirent à l'hypothèque.

Le premier expédient adopté, pour la sécurité du créancier, fut de lui transmettre la propriété même de l'immeuble du débiteur, sous la condition d'une rétrocession en cas de paiement à l'échéance : c'est la vente *sub pacto fiduciæ* (1).

1. La vente avec fiducie se réalisait par la *mancipatio*, ou la *cessio in jure* (Gaius, II, § 60 ; Paul, *Sentences*, liv. 2, 13). — Une inscription relative à cette vente avec fiducie a été trouvée en 1867, à l'embouchure du Guadalquivir, près de San-Lucar de Barrameda (V. Paul Gide, *Revue de législation*, année 1870, p. 74 et suiv.). Cette inscription, gravée sur des plaques de bronze, semble remonter à l'époque d'Auguste. — Bien que certains auteurs (Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 45, en note) se soient demandé si cette table ne ressemblait pas à une inscription hypothécaire, on est aujourd'hui à peu près d'accord pour reconnaître que l'on se trouve en présence d'une manci-

Le débiteur n'a pas alors la revendication : « il se fie au créancier » (Machelard, *Textes de Droit romain*, p. 107). Pour recouvrer sa chose, il a seulement une action personnelle, *actio fiduciæ*, qui ne lui procure que des dommages-intérêts, tout en

pation fiduciaire destinée à servir de modèle aux gens de l'endroit. « Je croirais volontiers, dit M. Mommsen (*Corpus inscript.*, t. II, p. 700), que nous avons ici le formulaire qu'un esclave, envoyé en province pour les affaires de son maître, emportait avec lui pour lui servir de modèle dans les actes qu'il aurait à passer. » — Etudions spécialement, dans notre inscription, ce qui est relatif au pacte de fiducia. D'après M. Gide, elle devait comprendre trois chefs bien distincts : 1^o l'objet de la convention : énumération des diverses créances garanties par la fiducia ; 2^o les droits conférés au créancier, et notamment le droit pour le créancier, s'il n'est pas payé, de vendre les biens affectés à sa créance ; 3^o les obligations imposées au créancier, et notamment l'obligation pour celui-ci, s'il est payé, de remanciper le bien au débiteur. De ces trois parties de la convention, il ne nous reste plus que les deux premières. La seconde seule nous intéresse, étant donné le cadre de notre travail. Et d'abord, si chaque dette n'est pas payée à son échéance, le créancier a le droit de vendre le gage. — Mais de quelle manière et à quelles conditions ? *Ubi et quo die vellet*, répond le texte. La vente publique, à une époque déterminée et dans un lieu fixé d'avance, n'est donc point imposée ici au créancier. La vente amiable lui est permise ; on peut donc conclure, comme nous le verrons plus loin à propos des formes de la *distractio*, de la réserve qui est insérée ici, que, dès cette époque, l'usage exigeait la vente publique (*proscriptio*). — *Pecuniâ præsentî*, dit ensuite le texte. En d'autres termes, le créancier se réserve, en outre, la faculté de ne vendre qu'au comptant, c'est-à-dire la faculté de refuser l'offre d'un prix, même avantageux, mais payable à terme. Comp. L. 11, § 1^{er}, Dig., de *act. emti*, 19, 1. — *Mancipio* : « Le droit de manciper est, pour le créancier, une suite naturelle du droit de vendre : bien que l'acheteur ne pût exiger, en principe, la mancipation (L. 11, § 2, Dig., 19, 1), elle était la suite naturelle du contrat de vente, et souvent elle était imposée par une clause de ce contrat : Gaius, IV, 131. » (V. Gide, *loc. cit.*). — De nouvelles tablettes relatives à la mancipation fiduciaire ont été découvertes le 20 septembre 1887 à Pompéi. D'après M. Eck, professeur à l'Université de Berlin, ce diptyque est un second document contenant une *mancipatio fiduciæ causa*. « L'hypothèse d'une constitution de gage *contractu fiduciæ* est, de toutes les explications données, celle qui est

entraînant, il est vrai, l'infamie du créancier; celui-ci ne pouvait d'autre part, ni garder la chose en paiement, ni la vendre, puisque, à chaque instant, le débiteur pouvait se libérer. De plus, le débiteur se trouvait sacrifié: tout son immeuble garantissait une seule créance; et le nouveau propriétaire, par là même qu'il n'était pas certain de le rester, n'avait qu'un intérêt minime à donner au bien engagé les soins qui pourtant lui étaient nécessaires. Ces divers points furent modifiés par l'introduction de la *lex commissoria* et du pacte *de vendendo*.

Si l'on essayait de remédier à une partie de ces inconvénients en relouant au débiteur l'immeuble qu'il venait d'aliéner ainsi, les tiers ignoraient le nouveau titre auquel l'ancien propriétaire possédait son immeuble: toutes les fraudes étaient alors à redouter.

Si l'on employait l'antichrèse, c'est-à-dire cet expédient qui consiste à transmettre au créancier la simple détention de l'immeuble, avec la jouissance des fruits, on retombait dans des incon-

la plus vraisemblable, et qui est le mieux en harmonie avec l'ensemble des faits énoncés dans le document, notamment avec la fixation d'un terme pour le paiement de la dette et la vente aux enchères des esclaves mancipés en cas d'inexécution de l'obligation. Cette conjecture, si elle était justifiée, rehausserait singulièrement l'importance du diptyque qui se trouverait ainsi renfermer le plus ancien exemple de *mancipatio fiduciæ causa*. » (V. Tardif, *Nouvelle Revue historique*, 1888, p. 172 et 832.)

vénients déjà signalés : l'indifférence du créancier antichrésiste, et l'impossibilité de proportionner le gage à livrer avec la créance à garantir.

Si enfin on laissait au débiteur le fonds aliéné, en lui en concédant la possession précaire, ce débiteur, à cause de la révocabilité même du précaire, n'obtenait ainsi qu'un avantage d'une durée incertaine. Peu à peu, le système de la fiducie se trouva abandonné à cause de tous ces inconvénients (Labbé, sur Ortolan, *Dr. Romain*, t. II, Appendice, p. 931).

Afin de mieux ménager les intérêts du débiteur, le contrat de gage fut alors inventé. Par suite de ce contrat, le débiteur remet au créancier la possession d'une chose dont il est propriétaire : *Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem* (L. 35 § 1, Dig., de *Pign. act.*, 13, 7). Le créancier devait garder cette chose jusqu'à ce qu'il fût complètement désintéressé : « Sa sûreté consiste dans la possession ; il a, en tant que possesseur, le moyen de se défendre ou de triompher des attaques des tiers, sans attendre, comme un locataire ou un commodataire, le bon vouloir et les bons offices de son auteur. Il y a plus ; il est possible que le trouble, que la dépossession vienne du débiteur lui-même : le créancier use des interdits, même contre ce dernier. » (Labbé, sur Ortolan, *Dr. romain*, t. II, p. 919.)

Lorsque l'objet remis en gage était un meuble, cette garantie pouvait être suffisante; il n'en était pas de même pour les immeubles: dans ce dernier cas, en effet, la tradition créait l'incertitude, l'équivoque; d'autre part, les tiers ne savaient plus exactement quel était le véritable propriétaire de l'immeuble engagé; ajoutons qu'il n'y avait aucune proportion entre la valeur de l'immeuble et le montant de la créance, et qu'enfin le créancier n'avait pas un intérêt considérable à apporter à la chose tous les soins d'un propriétaire véritable. Pour toutes ces raisons, il fallut trouver d'autres garanties, lorsque celles-ci durent porter sur des immeubles.

C'est donc l'imperfection de toutes ces sûretés qui conduisit à la notion d'hypothèque; on ne donna plus alors au créancier qu'un droit réel sur l'immeuble du débiteur. Aucune translation de propriété, aucune possession, aucun usufruit n'était accordé à ce créancier: « Le prêteur promet, à la condition qu'un pacte assignerait une chose à la garantie d'une dette, de donner au créancier une action *in rem*, une sorte de revendication, au moyen de laquelle, à l'échéance, à défaut de paiement, il se ferait mettre en possession. C'est ce que les jurisconsultes ont appelé *obligatio rei* ou *hypotheca*. » (Labbé, *op. cit.* t. II, p. 921.)

Le droit réel d'hypothèque se développa sous

l'empire de certaines nécessités pratiques en matière de bail : le bailleur avait besoin d'une garantie qui pût assurer le paiement du prix que son locataire s'obligeait à payer. Le contrat de fiducie n'aurait pas procuré cette garantie ; de même le *pignus* consenti sur ce même mobilier n'aurait pas davantage procuré la sûreté en question, car dans les deux cas le locataire ne pouvait en abandonner la possession. Celui-ci aurait pu, il est vrai, aliéner avec fiducie ses meubles et ustensiles aratoires au profit du locateur qui les lui aurait laissés en précaire ; mais les intérêts du locataire eussent été évidemment sacrifiés, par cela même que, le précaire étant révocable *ad nutum*, le fermier n'était pas certain de conserver, pendant toute la durée de son exploitation, les divers objets nécessaires à cette même exploitation. Le fermier romain ne pouvait donc donner réellement au bailleur, pour garantie de son paiement, ses meubles et ustensiles agricoles. En conséquence, il intervint, par la force même des choses, un *pactum sine depositione pignoris* qui donna au locateur, créancier des loyers et fermages, le droit d'empêcher l'enlèvement du mobilier du locataire jusqu'à parfait paiement, et, au moyen de l'*interdit salvien*, le prêteur Salvius sanctionna ce pacte dans le cas particulier où il s'agissait d'un fonds rural et où, par suite, la garantie devait porter sur les différents meubles du fermier.

Postérieurement apparaît l'*action servienne* introduite par le préteur Servius à une date mal déterminée. On admet cependant, au moins en général, que ce préteur est Servius Sulpicius, contemporain et ami de Cicéron.

L'*action servienne* est une action *in rem* ; elle a trait, comme l'interdit *salvien*, aux rapports de propriétaire à fermier. Alors que la question de savoir si l'interdit *salvien* était toujours donné contre les tiers est encore aujourd'hui vivement discutée, il est certain, au contraire, que l'*action servienne* était donnée contre tout possesseur de la chose engagée, jusqu'à parfait désintéressement du créancier (1). Enfin, par une généralisation considérable, une action *quasi-servienne* ou *hypothécaire* fut donnée au créancier contre tout débiteur affectant, par une simple convention, un meuble ou un immeuble à la garantie de son engagement.

Le droit de suite, celui de vente que nous allons étudier, et enfin celui de préférence devinrent successivement les éléments de l'hypothèque ainsi créée.

Notons que la *lex commissoria*, en vertu de laquelle le créancier, au lieu de vendre la chose engagée, pouvait la garder en paiement, fut prohibée par Constantin, en l'an 326: « *Quoniam inter alias*

1. Comp. Machelard, *Des Interdits*, p. 116; Jourdan, *De l'Hyp.*, p. 109.

captiones præcipuè commissoriæ (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. » (L. 3, Code, *De pactis pign.*, 8, 35.) Et cette prohibition est absolue, même pour le passé: « *Si quis igitur tali contractu laborat, hæc sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.* »

Nous laisserons de côté dans cette étude ce qui est relatif au *pignus prætorium* et au *pignus judiciaire*. Dans le premier, le magistrat envoie les créanciers, sur leur demande, en possession des biens de leur débiteur commun; ces biens deviennent, entre leurs mains, une sorte de gage, un *pignus prætorium*. Le débiteur est dessaisi, et la masse des créanciers actuels a un droit de préférence sur les créanciers que le débiteur pouvait avoir postérieurement. Justinien accorde le droit de suite à ce *pignus*, il lui donne même le nom d'hypothèque (L. 2. Code, *de præt. pign.*, 8, 22).

Comme son nom l'indique, le *pignus judiciaire* suppose un jugement préexistant; c'est une saisie partielle: le magistrat désigne certains biens qui deviennent le gage du créancier; celui-ci se trouve ainsi, non seulement protégé contre les fraudes possibles du débiteur condamné, mais il peut en outre invoquer en sa faveur et quant aux biens saisis, la maxime « *prior tempore, potior jure* »

(L. 10, Dig. 20, 4). En général, dans les textes, le *pignus judiciaire* porte le nom de *pignus ex judicati causa captum*. Nous dirons plus loin quelques mots de la vente de ce *pignus* (1).

— Nous nous occuperons donc seulement, dans cette étude, de la réalisation du gage hypothécaire, au cas où l'hypothèque est conventionnelle ou légale.

1. Ce mode d'exécution est attribué, en général, par les auteurs, à un rescrit d'Antonin le Pieux. (L. 31, Dig. *De re jud*, 42, 1; Schilling, *Gage et hyp.*, § 212.) Cependant, il semble plus probable que l'introduction de cette voie d'exécution soit due au prêteur. En effet, l'empereur adresse un rescrit et, par là même, il ne crée pas un droit nouveau, mais interprète un droit déjà existant. (Comp. Const. 1, Code, *Si in caus. judic.* 8.23.) Enfin, si l'origine de cette saisie-exécution se plaçait sous Antonin le Pieux, il faudrait supposer que, pendant plusieurs siècles, l'exécution sur des objets particuliers du patrimoine n'existait pas.

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS SUR L'ORIGINE ET LE FONDEMENT DU JUS DISTRAHENDI

On sait que, dans le contrat de gage, le droit de vente avait fini par être sous-entendu : « *Sed etsi non convenerit*, dit Ulpien, *de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere.* » (L. 4, Dig. *de pign. actione*, 13. 7.)

Pour ce qui est de l'hypothèque, la question qui se pose est celle de savoir si le créancier hypothécaire eut, ou non, à l'origine, le *jus distrahendi*.

Selon nous, le droit de vendre n'est un attribut essentiel ni du *pignus* ni de l'*hypotheca*, du moins jusqu'à Justinien. A l'origine, le créancier ne peut que se mettre en possession, au moyen de l'action hypothécaire, et retenir son gage. Mais cette situation ne peut pas durer indéfiniment ; la *lex commissoria* est un premier moyen d'y mettre fin. Un second consiste dans le *jus distrahendi*, c'est-à-dire dans la clause qui confère au créancier le pouvoir de vendre et de se payer sur le prix. Dans ce cas,

accessoirement au contrat de gage ou au pacte d'hypothèque, les parties conviennent que le créancier, non payé à l'échéance, peut vendre le gage. Le créancier aliène alors, non comme propriétaire, mais en vertu de l'accord intervenu entre le débiteur et lui, et dont il doit respecter les conditions.

La clause qui conférait le *jus distrahendi* fut d'abord accidentelle et dut être formellement exprimée. *Si is*, dit en effet Javolenus, *qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit; aut, antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat* (L. 73, Dig., *De furtis*, 47, 2). Cette clause se généralisa bientôt et devint habituelle, ainsi que le prouve la qualification de *pactum vulgare* donnée par l'empereur Alexandre Sévère à cette clause particulière: *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret: non adimit debitori adversus creditorem pigneratitiam actionem* (L. 4, C., *De pign. act.*, 4, 24). Puis cette clause finit par être sous-entendue, et, à l'époque d'Ulpien, tout créancier gagiste ou hypothécaire a le pouvoir de vendre, à moins qu'une clause formelle ne le lui ait interdit. *Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure*

utimur, ut liceat distrahere : si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit (L. 4, Dig. *De pign. act. vel contrà*, 13, 7). — « Cette ingénieuse combinaison de l'affectation d'un bien à la sûreté d'une dette et du pouvoir conditionnel de le vendre, est l'œuvre originale de la jurisprudence romaine. Elle constitue un grand progrès sur le gage et l'hypothèque qui, sous leurs formes primitives, créaient une indisponibilité indéfinie ou appelaient les rigueurs de la *lex commissoria*. » (Labbé, sur Ortolan, *Dr. romain*, t. 2, p. 924.)

En résumé, à l'époque classique, le créancier pouvait, ou non, posséder le *jus distrahendi*; son droit pouvait donc être réduit à la seule possession (L. 12, § 10, Dig., *Qui pot. in pign.*, 20, 4). Justinien modifia cet état de choses; il fit du *jus distrahendi* l'attribut essentiel de l'hypothèque. Cette importante réforme est prouvée par le changement qu'apporte Justinien à un fragment d'Ulpien (L. 4, Dig., *De pign. act.*, 13, 7). Dès lors, c'est en vain que les parties interdiront la vente de la chose hypothéquée. Cette vente n'en restera pas moins, cependant, toujours possible; mais le créancier devra, dans ce cas, observer certaines formalités dont il sera parlé par la suite.

L'hypothèque était, en droit classique, comme

le dit M. Labbé (*loc. cit.*) une communication, au créancier, du *jus possidendi*; en outre, dans le dernier état du droit, elle est une communication du *jus distrahendi*. Ce n'est donc qu'au Bas-Empire que le droit de préférence sur le prix doit figurer, comme élément essentiel, dans la définition de l'hypothèque.

Le droit que la législation romaine accorde au créancier hypothécaire de vendre le bien sur lequel porte sa sûreté est une remarquable exception à ce principe général qu'une chose ne peut jamais être aliénée que par son propriétaire. Sur quelle base juridique devons-nous faire reposer cette exception? En d'autres termes, à quel titre agit le créancier vendeur?

Deux réponses ont été proposées à cette question. — Beaucoup d'auteurs estiment que si le créancier vend le bien hypothéqué, il fait cette vente en qualité de mandataire du débiteur, car, dit-on, un mandat tacite accordant au créancier le droit de vendre naît de la constitution même de l'hypothèque. Les textes invoqués à l'appui de cette opinion sont les suivants: Gaius, II, 64; Instit., II, 8, § 1; Paul, L. 29, Dig., *Famil. Ersc.*, 10, 2.

De plus, les règles du mandat se retrouvent en général dans l'exercice du *jus distrahendi*, car, d'une part, en cas d'éviction, l'acquéreur, nous le verrons plus loin, a un recours en garantie, non pas contre

le créancier *prior* qui a vendu, mais contre le débiteur qui est resté étranger à cette vente; et, d'autre part, semblable en cela au mandataire, le créancier répond de sa faute.

Nous n'admettons pas, quant à nous, ce mandat tacite. Nous pensons que le créancier puisse directement dans son droit d'hypothèque la faculté de vendre le bien sur lequel porte sa garantie. On peut remarquer, en effet, que le créancier peut vendre quand il le veut, et *malgré la volonté du débiteur*: « *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoricibus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum pervenire.* » (L. 8, Dig., *De distr. pign.*, 20, 5.)

D'ailleurs, des textes viennent corroborer notre opinion; ce sont : La L. 42, Dig., *De pign. act.*, 13.7; la L. 7, § 1, Dig., *De rebus cred.*, 12.1; la L. 13, Dig., *De distr. pign.*, 20.5.

Nous verrons du reste plus loin que si le créancier a causé par fraude un préjudice au débiteur, la vente n'en est pas moins maintenue. Cette dernière conséquence exclut formellement toute idée de mandat, puisque, dans le cas d'une vente frauduleuse faite par le mandataire, l'acheteur ne deviendrait jamais propriétaire; car le mandataire, sortant des limites de son mandat, ne serait plus qu'un tiers qui aliène la chose d'autrui.

CHAPITRE DEUXIÈME

QUI PEUT DISTRAHERE

En droit romain, tout créancier hypothécaire n'a pas le droit de procéder à la vente des biens hypothéqués : il ne peut même pas provoquer cette vente. Le créancier *prior* possède, à cet égard, une liberté absolue et exclusive.

Les lois 15, § 5, Dig., *De re jud.*, 42, 1 ; et 22, § 1, Dig., *De jure fisci*, 49, 14, semblent reconnaître à tous les créanciers le droit de vendre ; mais comme ces textes envisagent le cas particulier d'une vente faite par les employés du fisc, ils ne nous apprennent rien au sujet de la règle générale, puisqu'ils réglementent un cas spécial.

Nous admettons, quant à nous, que, dans les cas ordinaires, le droit de vendre le bien hypothéqué n'appartient qu'au créancier *prior*. Celui-ci peut choisir son heure pour procéder à cette vente, et les créanciers d'un rang postérieur ne peuvent ni agir, ni forcer le *prior* à agir : ils peuvent seulement, après la *distractio* opérée par le premier créancier et le paiement intégral de celui-ci, se

faire colloquer sur le prix que la vente a produit. Pour établir cette proposition, on s'appuie surtout sur la L. 5, *pr.*, Dig., *De distract. pign.*, 20, 5; sur la L. 8, Code, *Qui potiores*, 8, 18; et enfin sur la L. 12, § 9, Dig., *Qui potiores*, 20, 4. — Un premier point est généralement admis: si un tiers acquiert, d'un créancier postérieur en rang, le bien hypothéqué, cette vente n'est pas opposable au créancier *prior*, car le droit de celui-ci ne peut être amoindri par suite des hypothèques consenties ultérieurement au débiteur (L. 1, Dig., *De distr. pign.*, 20, 5). Mais quel est le caractère de la nullité d'une semblable vente? Est-elle absolue? Est-elle seulement relative? C'est ici que les interprètes sont loin d'être d'accord.

On a prétendu que les créanciers postérieurs avaient plus qu'une sorte d'hypothèque conditionnelle, plus que l'espoir de venir après le premier créancier, lorsque ce dernier est payé, et qu'ils possédaient ainsi un droit actuellement existant, qu'ils avaient d'ores et déjà la faculté d'exercer, pourvu que les droits du créancier *prior* fussent sauvegardés. La loi 15, § 2, Dig., *De pign. et Hyp.*, 20, 1, prouve, dit-on, que le droit du second créancier est seulement restreint dans la mesure nécessaire pour que le droit antérieur et supérieur du *prior* soit sauvegardé, mais que, dans ces conditions, le second créancier a les mêmes droits que le

premier. On insiste en faisant remarquer que la situation du second créancier serait alors par trop défectueuse.

Dans ce premier système, on conclut que le créancier *prior* pourrait exercer son droit, quand un créancier postérieur a aliéné la chose hypothéquée, *seulement* dans le cas où il n'aurait pas été désintéressé. Donc, dit-on, pourvu que le *prior* soit payé, le second créancier, par exemple, peut vendre valablement. Cette opinion ne nous paraît pas fondée: nous croyons que le droit du *prior* est absolu, et que le système que nous venons d'exposer est arbitraire.

En effet, les différents textes sur la matière nous disent, en parlant de la vente faite par le créancier postérieur en rang: « *Nullò jure vendidit* » (L. 1, Dig., *De distract. pign.*, 20,5): si la vente n'était nulle qu'au regard du *prior*, ces termes ne seraient pas employés.

Un autre argument peut enfin se tirer d'un texte d'Africain, la L. 9, § 3, Dig., *Qui pot.*, 20,4. Voici ce que dit Africain: « *Titia prædium alienum Titio pignori dedit, post Mævio : deindè domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit : si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convallescere placebat. Tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur : in proposito autem maritus emptoris loco est : atque ideo, quia neque tunc, cum Mævio obligare-*

tur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convalescere possit. Hæc tamen ita, si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit, id est, si ignoravit Mævio obligatum esse. » — Nous nous trouvons ici, en somme, en présence de deux hypothèques que le débiteur a constituées sur la chose d'autrui. Par la suite, la propriété de la chose hypothéquée vient à être acquise au débiteur qui vend lui-même cette chose, et désintéresse lui-même le créancier *prior*. Dans cette situation, nous dit Africain, *priorè dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris invenitur*; c'est-à-dire que *si* le créancier *prior* a été désintéressé *par le débiteur*, et que *si* la chose est devenue la propriété de celui-ci, l'hypothèque du second créancier sera confirmée: ce second créancier a donc un droit conditionnel subordonné à cette condition: *si prior dimissus fuerit a debitore*. Le second créancier pourra donc, à ce moment seulement, exercer la plénitude du droit hypothécaire.

Le créancier hypothécaire de rang inférieur pouvait cependant, au moyen d'un procédé indirect, faire vendre les choses soumises à son droit d'hypothèque. A l'aide du *jus offerendæ pecuniæ*, il pouvait désintéresser les créanciers de rang préférable au sien, et vendre l'objet hypothéqué, une fois désintéressés ces créanciers dont le droit était an-

térieur au sien. Ces derniers ne peuvent refuser cette offre de paiement : celui qui a ainsi payé succède au *rang* du créancier désintéressé, et jouit, par conséquent, de tous les privilèges attachés à cette situation favorable (1).

— Le *jus offerendi* est donc le droit, pour un créancier hypothécaire, d'améliorer sa créance, en se substituant au créancier, pour éteindre une hypothèque antérieure, et profiter seul de cette extinction pour tout l'avantage par lui procuré à son débiteur. L'acte principal de l'*oblatio pecuniæ* consiste dans l'offre faite au créancier hypothécaire qu'il s'agit d'éloigner.

D'ailleurs le *jus offerendæ pecuniæ* confère à celui qui l'exerce un droit de recours contre le débiteur qu'il a libéré par le paiement.

Le créancier hypothécaire qui exerce ce droit prend la place du créancier qu'il a désintéressé. Ce passage du créancier *offerens* dans le rang du créancier *dimissus* constitue ce que les Romains qualifiaient de *successio in locum*, succession hypothécaire. La *successio in locum* est, en conséquence, la base même du *jus offerendi*.

Enfin, le paiement offert procure l'extinction du droit du créancier désintéressé. Cette extinction est complète et absolue ; en sorte que ce paiement re-

1. L. 5, Dig., *De distr. pign.* 20, 5 ; Const. 1, Code, 5, 8, *Qui potiores in pignore.*

met aux mains de l'*offerens* le choix des circonstances dans lesquelles aura lieu la vente.

La constitution de l'empereur Gordien, qui décide que le gagiste payé peut néanmoins retenir le *pignus* à raison de créances tout à fait étrangères au contrat de gage, ne donne qu'un droit opposable au débiteur, et ne saurait être exercé contre un créancier hypothécaire qui userait du *jus offerendæ pecuniæ* (1).

On voit que le créancier *prior*, à Rome, jouit d'avantages très considérables, qu'il a réellement la part du lion. De plus, ce premier créancier hypothécaire peut se mettre en possession de la chose, soit en se substituant aux créanciers hypothécaires postérieurs, soit en se substituant aux tiers détenteurs (L. 12, Dig., *Qui pot. in pign.*, 20, 4); et seul, l'acquéreur qui achète au créancier *prior* n'aura pas à déguerpir (L. 8, Code, *Qui pot. in pign.*, 8, 18).

Il vient d'être dit que cette possession donne aussi au créancier *prior* l'avantage de se prévaloir, à l'encontre de son débiteur, d'un droit de rétention pour toutes ses créances chirographaires (*Const. de l'empereur Gordien*, au Code, *Etiam ob chir.*, 8, 27).

On conçoit, dès lors, qu'il était très important d'être créancier *prior*. Or rappelons ici un principe : à Rome, l'hypothèque était complètement occulte, et

1. L. *Un.*, Code, *Etiam ob chir. pec.*, 8, 27; Accarias, *Précis de dr. romain*, t. II, page 427, note 6.

rien ne venait distinguer les immeubles qui étaient hypothéqués à la sûreté d'une dette, de ceux qui ne l'étaient pas. L'hypothèque se constituait par le seul consentement des parties contractantes: « La législation romaine, dit M. Machelard, accusée souvent de formalisme, s'était montrée sur ce point d'une simplicité extrême qui, à son tour, a été critiquée et justement » (*Textes de droit romain, l'Hypothèque*, p. 106). Ainsi donc, à Rome, l'hypothèque prend naissance *ergà omnes* le jour où a lieu l'accord des parties: *prior tempore, potior jure*. En sorte qu'un créancier *prior* ne pouvait pas savoir s'il l'était en réalité. Il ne le pouvait pas, à cause de la clandestinité même de l'hypothèque, et l'on voit combien, à ce point de vue, était considérable le vice d'un tel système.

Les incertitudes relatives à la détermination du *prior* s'augmentèrent encore par l'extension des hypothèques générales (L. 15, *pr. Dig.*, *De pign. et hyp.*, 20, 1; L. 9, *Code*, *Quæ res pign.*, 8, 17), par la création des hypothèques générales testamentaires (L. 26, *pr. Dig.*, *De pign. act.*, 13, 7; L. 1, *Code*, *Comm. de leg. et fid.* 6, 43), des hypothèques légales (Comp. Hugo, *Histoire du droit romain*, t. II, p. 257; et L. 1, § 1, *Code*, *De rei ux.*, 5, 13), et surtout par celle des hypothèques privilégiées (1).

1. Maynz, *Droit romain*, t. I, § 162; L. 12, *Code*, *Qui potiores in pignore*; L. 5, *Digeste*, *Qui pot. in pign.*; L. 45, *Dig.*, *De relig. et sump-*

« La règle *prior tempore potior jure*, dit M. Accarias, très simple et très équitable en pure théorie, devenait dans la pratique romaine une source abondante de complications et de difficultés à cause du caractère occulte des hypothèques. Comment savoir, en effet, si le créancier qui vend la chose ou qui en touche le prix n'est pas primé par quelque créancier plus ancien qui viendra un jour critiquer ou la vente elle-même ou la répartition des deniers? L'empereur Léon crut parer à ce danger en décidant que celui dont l'hypothèque serait constatée soit par acte public, soit par acte privé, portant la signature de trois témoins irréprochables, primerait toujours, malgré leur antériorité, les créanciers porteurs d'un simple titre privé (*idiochiridium*) (L. 11, Code, *Qui pot.*, 8, 18). Mais ce timide essai de réforme ne satisfaisait pas aux véritables besoins du crédit, et le régime hypothécaire romain resta ce qu'il avait été à l'époque classique, une conception admirable de justesse, mais sans organisation pratique, comparable à une horloge bien réglée dont le cadran ne marquerait pas les heures. » (*Précis de Droit romain*, n° 287, *in fine*.)

tibus funerum; L. 3, Code, *de Primipilo*; L. 22, § 9, Code, *De jure deliberandi*.

CHAPITRE TROISIÈME

CONDITIONS D'EXERCICE DU JUS DISTRAHENDI

§ 1. *Conditions quant à la créance.* — Pour que la *distractio* soit possible, la créance doit réunir plusieurs caractères, car il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque est un droit accessoire qui garantit le paiement d'une dette principale. C'est ainsi que, pour que le créancier *prior* puisse *distrahere*, il est nécessaire que la créance soit à la fois échue et exigible.

Si donc la créance est à terme, la *distractio* ne pourra avoir lieu avant l'échéance (Comp. L. 4, Dig., *De distr. pign.*, 20, 5). Ajoutons que si le créancier, après la constitution de la dette, accorde un délai au débiteur (*ne intra tempus petatur*), ce délai s'applique à l'exercice du *jus distrahendî*, à moins de convention contraire (L. 5, § 1, Dig., *Quib. mod. pign.*, 20, 6).

De même, si la créance est conditionnelle, le créancier ne peut agir avant l'arrivée de la condition (L. 13, § 5, Dig., *De pign.*, 20, 1).

D'ailleurs le créancier *prior* peut exercer son *jus distrahendî*, quelle que soit la partie non encore

acquittée de la dette principale, dans le cas où un paiement partiel serait intervenu antérieurement. Ce droit du créancier découle des principes généraux sur l'indivisibilité de l'hypothèque.

Lorsque les parties ont introduit dans le contrat principal le pacte *de non vendendo*, le droit de vendre la chose hypothéquée n'en subsiste pas moins ; mais alors le créancier, avant de procéder à la vente, doit faire trois dénonciations au débiteur. Si, au contraire, rien n'a été convenu relativement au droit de vendre, une seule dénonciation doit être faite au débiteur par le créancier qui procède ensuite à la vente des objets garantissant sa créance.

S'il faut que la dette soit échue et exigible, il n'est point nécessaire qu'elle soit liquide : et l'on conçoit d'ailleurs très bien qu'il ne saurait dépendre du débiteur d'empêcher l'exercice du droit du créancier *prior* en soulevant une contestation relative au montant exact de la dette. « Les droits du débiteur sont d'ailleurs réservés, et soit comme défendeur à l'action hypothécaire, s'il est encore en possession ; soit comme demandeur, en intentant contre le créancier l'action *pignoratitia* ou contre le tiers acquéreur l'action en revendication, il arrivera à faire établir, s'il y a lieu, la nullité de la vente. » (Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 519.)

Il est du reste évident que la dette doit exister

encore, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été acquittée. On tire de ce principe cette conséquence que le créancier ne peut plus vendre la chose hypothéquée, si le débiteur lui offre ce qui lui est dû, pourvu que cette offre soit sérieuse, c'est-à-dire suivie de consignation : « *Debitoris denunciatio*, dit Gordien, *qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volunt comparare, denunciat : ità demum efficax est, si universum tam sortis, quam usurarum offerat debitum creditori : eoque non accipiente, idonea fide probationis (ità ut oportet) depositum ostendat ; nam si vel modicum de sorte, vel usuris in debito perseveret, distractio rei obligatæ non potest impediri* (1). »

Le débiteur doit-il être mis en demeure avant la vente ? Cette question a divisé les interprètes. Dernburg tient pour la nécessité d'une mise en demeure. Mais la plupart des auteurs, Cujas, Donneau, Pothier, Vangerow, n'admettent pas cette nécessité. On remarque, pour établir cette dernière proposition, que dans le cas d'une hypothèque constituée pour garantir une obligation naturelle, il ne saurait être question de la *mora*, puisque le créancier n'a pas d'action, et, dans le cas général, on ajoute que les intérêts du débiteur ne peuvent être compromis

1. L. 2, Code, 8, 29 ; *Adde* : L. 8, Code, 8, 28 ; cependant cette dernière ne parle que de *l'oblatio*, c'est-à-dire ne mentionne pas la nécessité de la consignation,

puisque, à défaut de la *mora*, la vente ne pourrait avoir lieu qu'après une dénonciation faite à ce débiteur (Jourdan, *op. cit.*, p. 519 et la note).

§ 2. *Conditions quant à l'hypothèque.* — L'hypothèque étant un droit accessoire, il faut avant tout qu'il existe une dette principale garantie par cette hypothèque. D'autre part, cette sûreté ne peut être consentie que par le propriétaire de la chose sur laquelle elle porte (L. 19, Code, *De distr. pign.*, 8, 28).

Il est d'ailleurs indifférent que la propriété du constituant soit quiritaire ou bonitaire, qu'elle porte sur un fonds italique ou sur un fonds provincial. Mais il est essentiel que cette propriété existe; en d'autres termes, il faudrait déclarer nulle une hypothèque portant sur la chose d'autrui. Cependant ce dernier principe comporte quelques exceptions.

C'est ainsi que l'on regardait comme possible l'hypothèque de la chose d'autrui, lorsqu'il s'agissait d'un objet déterminé que le débiteur se proposait d'acquérir, et qu'il affectait par anticipation, pour le cas où il en deviendrait propriétaire (L. 16, § 7, Dig., *De pign. et hyp.*, 20, 1). Mais l'hypothèque n'était constituée que conditionnellement; son existence était subordonnée à l'acquisition réalisée par le débiteur (Machelard, *Textes de dr. romain*, p. 114).

Si le constituant vient à acquérir par la suite un

bien sur lequel, antérieurement, il avait consenti une hypothèque, voici ce que nous dit la Loi 1, *pr. Dig., De pign. et hyp.*, 20, 1 : La convention générale par laquelle on hypothèque tous ses biens, même ceux qu'on acquerra par la suite, est valable. Mais si on suppose que quelqu'un a obligé à son créancier la chose d'autrui qui ne lui était pas due au temps où il a contracté cette obligation, et que ce débiteur vienne par la suite à acquérir la propriété de cette chose, on se déterminera facilement à accorder au créancier l'action utile pour demander le gage, s'il a su que la chose qu'on lui engageait n'était pas à son débiteur; mais s'il est en possession de la chose qui lui a été engagée, il lui sera plus aisé de s'y faire maintenir.

De plus, le propriétaire, pour consentir sur sa chose une hypothèque valable, doit avoir la capacité d'aliéner : « *Si maritus tuus mutuam (licet tuam) dedit pecuniam; eorum, quæ pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem* (L. 19, Code, *De distr. pign.*, 8, 28).

L'hypothèque ayant pour but de conduire à la vente du bien qu'elle frappe, il faut que celui-ci soit de telle nature qu'il puisse être vendu. Ainsi, à Rome, tous les biens corporels, *les meubles et les immeubles*, peuvent être frappés d'hypothèque.

Parmi les choses incorporelles, ni les droits

d'usage ou d'habitation, ni les servitudes urbaines ne peuvent être hypothéqués; mais on peut valablement hypothéquer un usufruit (L. 11, § 2, Dig., *De pign. et hyp.*, 20, 1); les servitudes rurales (L. 12, Dig., *De pign. et hyp.*), lorsque le créancier est propriétaire d'un fonds voisin du fonds servant; les droits de superficie et d'emphytéose (L. 15, Dig., *Qui pot.*, 20, 4; L. 31, Dig., *De pign. et hyp.*); les droits de gage ou d'hypothèque (L. 12 § 2, Dig., *De pign. et hyp.*, 20, 1).

On en vint même à hypothéquer les créances (L. 7, Code, *De hered.*, 4, 39). Le créancier pouvait alors s'adresser directement au débiteur de son débiteur, et cet avantage était d'autant plus précieux qu'à Rome il n'existait rien d'analogue à notre saisie-arrêt. La première chose qu'avait à faire le créancier, c'était de notifier la convention d'hypothèque au débiteur, comme il l'aurait fait en cas d'une cession ordinaire. La dénonciation au débiteur équivalait à la prise de possession dans le cas où l'objet hypothéqué était une chose corporelle. La chose se trouvait donc ainsi saisie-arrêtée dans les mains du débiteur qui, jusqu'à nouvel ordre, ne pouvait se libérer qu'en payant le créancier hypothécaire.

Supposons que la dette soit échue; par quelle action le créancier va-t-il pouvoir agir? Il peut ou vendre la créance, ou en poursuivre direc-

tement le recouvrement. Dans ces deux cas, il a contre le débiteur une action *personnelle utile* (L. 7, Code, *De hered.*, 4, 39; L. 20, Dig. *De pign. et hyp.* 20, 1).

Le *pignus nominis* présente, en somme, une combinaison des principes de l'hypothèque et des règles de la cession de créances. L'hypothèque est le but, la cession est le moyen. Nous n'insistons pas davantage sur ce point, les controverses relatives à la cession des créances ne pouvant entrer dans le cadre de cette étude.

Lorsque la chose hypothéquée est frappée ultérieurement d'inaliénabilité, le droit de vendre n'en subsiste pas moins: « *Si creditor*, dit l'*Oratio Severi* quant aux biens du pupille hypothéqué par le père, *qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequeretur, nihil novandum censeo* ». La solution serait identique, si un immeuble, variablement hypothéqué, devenait dotal par la suite. (Comp: L. 1, *pr. De fundo dotali*, 23, 5: *Quia hæc alienatio non est voluntaria*).

Quand l'hypothèque portait sur plusieurs objets individuellement déterminés, le créancier était absolument libre de les vendre comme il le voulait, dans l'ordre qui lui paraissait préférable, jusqu'à ce qu'il fût désintéressé complètement : tel était le principe.

Mais il pouvait arriver que le créancier eût, pour garantir la même dette, à la fois une hypothèque

spéciale portant sur certains biens du débiteur et une hypothèque générale frappant tous les biens de ce même débiteur. Dans ce cas, au moyen du *beneficium excussionis reale*, le débiteur pouvait le forcer à exercer son droit de vente en premier lieu sur les choses frappées de l'hypothèque spéciale, et, s'il n'était pas complètement désintéressé, le créancier exerçait, en second lieu, en vertu de son droit d'hypothèque générale, son *jus distrahendi*.

Mais si un créancier *Primus* a une hypothèque générale et si, par la suite, un autre créancier *Secundus* acquiert une hypothèque spéciale sur les biens du même débiteur, il est bien évident que les droits de *Primus* ne peuvent être en aucune façon diminués par ceux que *Secundus* a acquis postérieurement, et que *Primus* peut exercer le *jus distrahendi* sur tous les biens, et même commencer par vendre ceux hypothéqués à la dette de *Secundus* (L. 4, Dig. *Qui pot.* 20, 4).

Nous avons dit que le créancier *prior* jouit, en principe, de la plus grande liberté pour exercer la *distractio pignoris*. Mais il est des conventions accessoires qui peuvent intervenir dans le pacte d'hypothèque, dans l'intérêt soit du créancier, soit du débiteur, et que nous devons signaler ici. Il est possible qu'une *lex commissoria* dispense purement et simplement le créancier de procéder à la vente : on sait que, en 326, Constantin a prohibé

cette convention (L. 3, Code, *De pact. pign.*, 8, 35).

Mais il est aussi également possible qu'une convention, intervenue au moment de la création de l'hypothèque (L. 1, Code, *Debit. vend.* 8, 29), prohibe la vente, soit avant un certain temps, soit d'une manière absolue.

La *défense de vendre avant un moment déterminé* doit toujours être respectée, car, même dans l'opinion qui enseigne que le *jus distrahendi* est de l'essence de l'hypothèque, il n'en reste pas moins indiscutable qu'un terme suspensif peut être attaché à l'exercice d'un droit, même essentiel (Comp. L. 75, Dig., *De furtis*, 47, 2). Au contraire, la clause défendant d'une manière absolue de vendre le bien hypothéqué était inefficace (*Institutes*, 11, 8, § 1; comp. Ulpian, L. 4, Dig., *De pign. act.*, 13, 7).

CHAPITRE QUATRIÈME

DES FORMES DE LA DISTRACTIO

§ 1. *Formalités préalables de la distractio. Mise en possession du créancier hypothécaire.* — Nous avons dit que le créancier hypothécaire, en cas de non-paiement de la part du débiteur, peut convertir en argent la chose hypothéquée à la sûreté de sa créance, et user du *jus distrahendi*, au moyen de l'action hypothécaire.

Et d'abord, au moyen de cette action, le créancier va se faire mettre en possession de la chose hypothéquée; cette mise en possession est le préliminaire de la réalisation. « Quel est d'ailleurs, dit M. Jourdan (*de l'Hypothèque*, p. 496), le fondement de ce droit à la possession de la chose? C'est la défiance plus ou moins prononcée du créancier qui, dans le contrat de gage, entend avoir la chose immédiatement sous la main, tandis que, dans l'hypothèque, il consent à la laisser provisoirement aux mains du débiteur, pouvant la réclamer par l'action hypothécaire, dès que la conduite de celui-ci peut faire craindre qu'il n'abuse de la possession

(L. 14, *pr.* Dig., *De pign. et hyp.*, 20, 1). Aussi voyons-nous qu'il n'y a pas seulement vol de la possession dans le cas du *pignus*, mais même si on fait disparaître de chez le débiteur une chose simplement hypothéquée (L. 1, Dig. *de Distr. pign.*, 20, 5; L. 19 § 6, Dig., *de Furtis*, 47, 2.) Ainsi, la possession est ou peut être transportée au créancier qui est alors protégé par les interdits possessoires, tandis que le débiteur est réputé posséder *ad usucapionem*. »

Quelles sont les conditions d'exercice de cette action hypothécaire? Il nous faut distinguer ici des conditions de droit et des conditions de temps; mais comme ces diverses conditions présentent la plus grande analogie avec celles qui sont requises pour l'exercice du *jus distrahendi*, et qui viennent d'être énumérées, nous nous contenterons de les indiquer sommairement.

A. *Conditions de droit.* — Il faut qu'il existe une créance, que l'hypothèque soit valablement constituée, que la chose hypothéquée soit susceptible d'être vendue, enfin que le constituant soit propriétaire de la chose hypothéquée. L'action hypothécaire est ouverte au seul créancier qui ne possède pas la chose. D'autre part, le défendeur à l'action hypothécaire doit avoir en sa possession la chose hypothéquée.

Remarquons cependant que l'action pourrait être intentée contre une personne qui ne possède pas, lorsque celle-ci a trompé le créancier en se faisant, par dol, passer pour possesseur (L. 25, Dig., *de rei vind.* 6, 1) ou qu'elle ne possède plus par suite d'un dol (L. 16 § 3, Dig., *de pign. et hyp.* 20, 1).

Le défendeur à l'action hypothécaire peut ne pas être le propriétaire de la chose qu'il s'agit de *distrahere*. Le droit d'hypothèque, en effet, frappe directement cette chose, et le défendeur peut ainsi n'être pas personnellement tenu de l'obligation principale: il sera attaqué par cela seul qu'il est possesseur de l'objet soumis à l'hypothèque.

Mais lorsque le défendeur est un tiers détenteur non personnellement obligé à la dette garantie par l'hypothèque, il peut opposer les exceptions susceptibles de paralyser la demande.

En second lieu il peut opposer le *beneficium excussionis personale*: en vertu de ce bénéfice, le tiers détenteur a la faculté de repousser l'action du demandeur, tant que celui-ci n'a pas poursuivi le débiteur principal ou ses ayants cause (Nouvelle 4, chap. 2).

Signalons, en troisième lieu, le *beneficium excussionis reale*, dont nous avons parlé plus haut (V. p. 31).

B. Conditions de temps. — Le créancier hypothécaire ne doit pas agir avant que la dette ne soit

échue. — L'action hypothécaire ne peut plus d'ailleurs être exercée, quand la *longi temporis præscriptio* est opposable au créancier par le défendeur à l'action hypothécaire.

Cette action ne met pas le débiteur dans l'alternative de payer ou de délaisser ; le créancier ne demande que la possession de la chose (*rem persequitur*) afin de faire vendre celle-ci et de se payer sur le prix de la vente. Le débiteur jouit seulement d'une *facultas solutionis* : s'il veut garder la chose, il doit payer la dette qu'elle garantit.

L'action hypothécaire est réelle, conçue *in factum* (L. 11, § 1, Dig., *De pign. et hyp.* 20. 1), arbitraire.

Une fois que l'exercice de l'action hypothécaire a procuré au créancier la possession de la chose sur laquelle portait son droit, il s'agit de transformer en argent le bien soumis à l'hypothèque : au moyen du *jus distrahendi*, il arrive à cette réalisation.

§ 2. *Formes de la vente ordinaire.* Quid si ces formes ne sont pas observées ? — Nous avons déjà dit que la clandestinité de l'hypothèque romaine enlevait à celle-ci beaucoup de son importance. La vente de la chose hypothéquée ne présentait pas non plus toutes les garanties désirables au point de vue pratique. C'est ainsi que le créancier *prior* qui, seul, peut procéder à la vente, n'a pas besoin, pour arriver à réaliser l'immeuble, de s'adresser à

la justice. Le débiteur est donc par trop sacrifié dans ses intérêts pécuniaires.

Laissons tout d'abord de côté le cas où les parties auraient réglé, dans le contrat lui-même, la façon dont l'immeuble doit être réalisé par le créancier, en cas de non-paiement à l'échéance : il n'y aura alors qu'à suivre exactement la volonté des parties. C'est ainsi qu'une clause permettant au créancier de vendre *sans délai* la chose après l'échéance entraînerait la suppression de toute dénonciation préalable (L. 3, § 1, *De jure dom. impet.*, Code, 8, 34). Supposons donc que les conditions de la vente n'aient pas été réglées par le contrat, ce qui arrivait le plus souvent.

Relativement à la vente elle-même, à l'origine, aucune forme n'était imposée au créancier. Non seulement le créancier *prior* pouvait vendre à son heure l'objet hypothéqué, mais il pouvait le faire dans les formes qu'il choisissait; il avait même la faculté de vendre de gré à gré. Cependant ce droit considérable est soumis à une restriction: le créancier doit vendre la chose *de bonne foi*. La loi 4, au Code, *De distr. pign.*, 8, 28, nous dit en effet: « *Creditor hypothecas, sive pignus cum proscibit, notum debitori facere, et sibi bona fide rem gerere, et quando licet, testato dicere debet.* »

Peu à peu s'introduisit la nécessité de formalités spéciales, destinées, au fond, à prouver que ces

prescriptions relatives à la *bona fides* avaient été observées.

Denunciationes. — La vente dut être précédée de dénonciations faites au débiteur; il faut, en effet, que celui-ci puisse contrôler les opérations de la vente; il faut aussi qu'il attire les acheteurs pour que la chose ne soit pas vendue à vil prix. Dans le droit classique, le créancier doit faire trois dénonciations au débiteur: *Creditor*, dit Paul, *si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur* (Paul, *Sent.*, 2, 5, § 1). Plus tard, une seule dénonciation est exigée du créancier.

Quant à l'époque à laquelle devait se faire la dénonciation unique et quant à l'intervalle qui devait s'écouler entre les trois dénonciations, nous ne savons rien de précis, non plus que sur le temps qui devait séparer la vente elle-même de la dernière dénonciation: « C'était là une question de fait laissée à l'appréciation du juge qui, en cas de contestation entre le débiteur et le créancier, avait à examiner si celui-ci s'était conformé aux exigences de la bonne foi. » (Jourdan, *op. cit.*, p. 522.)

Justinien (L. 3, § 1, Code, *De jure dom. imp.* 8.34) a donné une force nouvelle à ces formes antérieures à la vente elle-même: il porte à deux ans le délai qui doit précéder la vente: « *Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fæneratori ex*

denunciacione vel ex sententia judiciali, post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere. »

Proscriptiones. — Des appositions d'affiches étaient nécessaires, pour annoncer la vente. Cette *proscriptio* n'était pas toujours, cependant, le préliminaire de la vente aux enchères, puisque, dans l'hypothèse où nous sommes, la vente pouvait avoir lieu amiablement. Cependant, si nous interrogeons les textes, nous voyons que la *proscriptio* du gage est, au moins d'une façon implicite, exigée par une constitution d'Alexandre Sévère : « *Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit...* » porte la Loi 5, au Code, *De distr. pign.* 8.28. Mais au temps de Justinien, la *proscriptio* du gage était très peu usitée. « *Proscriptio publica et annus*, dit Justinien en organisant l'*impetratio dominii*, *lutionis antiquitus introducti sunt* » (L. 3, pr. Code, *De jure dominii impetrando*, 8, 34). Et il ajoute aussitôt : « *Pignus autem publice proscriptum, neque vidimus, neque (nisi tantummodo ex librorum recitatione) audivimus.* »

En définitive, on le voit, le créancier agira prudemment, pour dégager sa responsabilité, en publiant, au moyen d'affiches, la vente à laquelle il veut procéder : « ... *programme admoniti creditores...* », dit la Loi 6, au Code, *Derem. pign.*, 8, 26.

— *Quid si les formes ne sont pas observées?* — La

solennité de la vente n'est pas exigée à peine de nullité; elle n'est, en définitive, qu'un moyen, pour le créancier, de mettre sa responsabilité à couvert; en effet on ne peut plus lui reprocher de n'avoir pas retiré du gage tout le parti qu'il en pouvait tirer, lorsqu'il a observé strictement toutes les formalités préalables à la vente; inversement, quand celles-ci ne sont pas accomplies par le créancier, ce dernier peut être considéré comme ayant agi frauduleusement.

Ainsi, la nullité de la vente n'était pas prononcée par là même que la vente n'avait pas eu lieu *bona fide*. Si cette obligation du créancier avait été violée, la vente restait valable, en principe : « *Si cessante solutione, creditor non reluctant lege contractus, ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est : cum si quid in ea re fraudulentè fecerit ; non emptor ate, sed creditor conveniendus sit.* » (L. 7, Code, *De distr. pign.*, 8, 28.)

Lorsque le créancier n'a pas rempli les formalités dont nous venons de parler et dont l'omission, nous l'avons dit, n'entraîne pas la nullité de la vente, le débiteur peut, au moyen de l'*actio pignoratitia*, se faire indemniser du préjudice que lui fait subir la négligence ou la mauvaise foi du créancier vendeur (L. 4 et L. 7, Code, *De distr. pign.*, 8.28). Si de plus l'acheteur, dans cette vente de la chose hypothéquée, a été de mauvaise foi, le débiteur

aura contre lui une action personnelle. Mais quelle sera cette action ?

Dans une première opinion, on soutient que l'aliénation doit alors être considérée comme nulle en vertu d'une *restitutio in integrum*. Nous pensons, quant à nous, que cette action est celle de *dol* : elle suppose que l'acheteur s'est rendu complice de la fraude, et, en second lieu, elle ne s'intente que subsidiairement (Comp. L. 1, Code, *Si vend. pign. ag.*, 8.30).

Mais la vente devait être déclarée nulle, quand elle n'avait pas lieu *bona fide*, lorsque d'une part, le créancier était insolvable et que, d'autre part, l'acheteur s'était rendu complice de la fraude : « *Cum contra bonam fidem venditionem obligatæ possessionis a creditore factam alleges, non observatis, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito præside provinciæ experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris : ut revocatis quæ malà fide gesta constiterit, et fructuum ratio, et damni, quod irrogatum apparuerit, haberi possit* (L. 4, Code, *Si vend. pign. ag.*, 8, 30). Dans ce cas, l'acheteur devait restituer la chose et, de plus, il était tenu de rendre compte des fruits, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts.

Inversement, l'acheteur rentrait en possession du prix de vente et des intérêts de ce prix : « *Offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus mclæ fidei emptorem jubebit.* » (L. 1, Code, *Si vend. pign. ag.*, 8, 30.)

— *Le créancier, sans y être forcé, prouve sa bona fides en soumettant le bien qu'il vend aux enchères publiques.* — En général, le mode de la vente aux enchères publiques n'était pas employé : il n'était usité que pour les ventes du fisc (Jourdan, *op. cit.*, p. 523), et pour celle du *pignus ex judicati causâ captum*.

Le créancier n'est donc pas tenu de vendre publiquement et à un jour fixé et annoncé d'avance ; il peut vendre à l'amiable. Cependant, bien que la vente publique ne fût pas, comme en droit français, exigée par la loi, il semble résulter de la réserve quelquefois faite expressément par le créancier, de vendre *ubi et quo die voluerit*, que la vente publique était en usage. On peut citer une loi très formelle en ce sens : « *Quæ specialiter vobis obligata sunt*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, *debitoribus detrectantibus solutionem, bonâ fide debetis et solenniter vendere. Ita enim apparebit an ex pretio pignoris debito satisfieri possit.* » (L. 9, Code, *De distr. pign.*, 8.28.)

D'ailleurs, Constantin ayant interdit le *pacte commissoire* (L. 2, Code, *De pact. pig. et de lege comm.*, 8, 35), le créancier gagiste ne pouvait plus, à défaut d'acheteur, que s'adresser à l'empereur pour obtenir la chose elle-même, à titre de paiement, après l'expiration d'un certain délai. Dans ce dernier cas, comme il fallait démontrer qu'aucun acheteur ne s'était présenté, on conçoit que la publicité était presque indispensable. En définitive, la mise aux enchères n'était pas imposée formellement par la loi romaine au créancier *prior* qui voulait réaliser le gage. Mais comme ce mode avait ses avantages et qu'en fait il était souvent usité, nous en dirons quelques mots.

Le mot *auctio* servait à désigner la vente publique : *Auctio est venditio publice celebrata* (1).

Le vendeur faisait apposer des affiches (*tabula, album*) dans les lieux les plus fréquentés, *in celeberrimis locis*, dit Cicéron (*Pro Quintio* § 15).

Ces affiches devaient être très apparentes (2).

Elles annonçaient l'heure, le lieu, les conditions de la vente ainsi que les objets qui devaient être soumis aux enchères. Le *præco*, sorte de crieur, parcourait également les voies publiques en annon-

1. Dirksen, *Manuale fontium latinitatis*, v^o *Auctio*; Comp. M. Humbert, *Diction. des antiq. grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, v^o *Auctio*, p. 543.

2. L. 11, § 3, Digeste, 14, 3; Comp. Mazois, *Ruines de Pompéi*, t. III, p. 11; Daremberg et Saglio, *Diction.*, v^o *Album*.

çant la vente à haute voix (Horace, *Art poétique*, vers 419; Cicéron, *loc. cit.*).

Si, lors de la constitution de l'hypothèque, les parties ont réglé les conditions de la vente quant aux délais à observer ou sur tout autre point, il faut se conformer à ces conditions (L. 3, § 1, Code, *De jure dom. impetr.*, 8.34).

Il existait des *auctionatores*, chargés de recevoir les enchères; nous pensons avec M. Mommsen (*Hermès*, t. XII, p. 97 et suiv.) et M. Caillemier (*Nouv. Revue historique*, 1877, p. 398 et suiv.) que ces *auctionatores* étaient revêtus d'un caractère officiel. La vente pouvait avoir lieu partout, soit dans l'*atrium* du vendeur, soit dans la rue, soit sur une place publique; il y avait des salles de ventes qui portaient le nom d'*atrium auctionarium* (1).

Le *præco* mettait successivement à prix les objets à vendre (Cicéron, *pro Quintio*, 15, § 50), et provoquait les enchères (Plaute, *Stichus*, 2, 1, 68). Celles-ci avaient lieu sur un signe de la tête ou de la main (Suétone, *Caligula*, 39 : « *Capitis motu nutantes* »), et le bien était adjugé au plus offrant. Sur la somme payée par l'acquéreur, l'*auctionator* retenait ses honoraires, et remettait au vendeur le produit de la vente, déduction faite de ces honoraires, *mercede minus*.

1. Cicéron, *De lege agr.*, 1, 3, § 7; Comp. M. Caillemier, *Nouv. Revue hist.*, 1877, p. 399.

Les enchères publiques étaient également employées pour la vente du *pignus in causâ judicati captum* dont nous avons déjà parlé plus haut (V. p. 9) ; cette vente publique était confiée à des officiers de justice subalternes, qui n'avaient, d'ailleurs, pas qualité pour connaître, au moins d'une façon définitive, des divers incidents que la vente pouvait soulever. Cette vente pouvait avoir lieu deux mois après que le bien saisi avait été placé sous la main de la justice (Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 523).

Des biens antérieurement grevés d'hypothèque pouvaient être compris dans la saisie et dans la vente ; mais il faut remarquer que l'adjudication de ces biens ne pouvait avoir lieu qu'autant que le prix offert par une des personnes présentes était suffisant pour payer, en totalité, le créancier *prior* (L. 62, § 5, Digeste, *De re judic.* 42, 1).

Lorsque la chose, dans ce cas, est, par suite d'une fraude, adjugée pour un prix inférieur à celui qu'elle aurait dû atteindre, l'adjudication est maintenue, mais cette fraude engendre, en faveur du débiteur, une action personnelle (Jourdan, *op. et loc. cit.*).

§ 3. *Qui peut acheter? Quid quand il ne se présente pas d'acheteur? De la dominii impetratio.* — De ce que le créancier est vendeur, il résulte logique-

ment qu'il ne saurait acheter la chose qu'il met en vente.

En second lieu, le débiteur, par là même qu'il est propriétaire de la chose vendue, ne peut s'en rendre acquéreur: il n'a que la faculté de rentrer en possession de la chose en payant la dette garantie par cette chose; l'acquisition qu'il ferait de sa propre chose n'aurait aucune valeur (L. 40, Dig., *De pign. act.*, 13.7). Les créanciers postérieurs et la caution ne peuvent non plus se rendre acquéreurs: « *Cum posterior creditor a priore pignus emit,* dit Modestin, *non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse: et ideo offerri ei a debitore potest* » (L. 6, Dig. *De distr. pign.* 20, 5). Et, de son côté, Marcien s'exprime ainsi: « *Si secundus creditor, vel fidejussor, soluta pecuniâ, pignora susceperint: rectè eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt* (L. 5, § 1, Dig. *De distr. pign.* 20, 5). Supposons donc que le créancier ait mis la chose en vente; deux hypothèses doivent être envisagées: ou bien un acquéreur se présente et achète, ou bien le vendeur ne trouve pas d'acheteur. Examinons successivement ces deux cas.

a. *La chose est vendue.* L'effet principal de cette vente est d'enlever désormais au débiteur la faculté de se soustraire, par le paiement de la dette principale, à la réalisation du gage hypothécaire, puisque cette réalisation, indépendante du mode

de paiement du prix par le tiers acquéreur, est définitivement accomplie.

b. Il n'y a pas d'acheteur. Dans ce cas, la *distractio* ne peut avoir lieu, à proprement parler, et cependant il faut que le créancier obtienne satisfaction. D'autre part, le créancier *prior* ne peut indéfiniment rester en possession et renouveler indéfiniment ses offres à des acquéreurs qui ne se montrent pas. Il fallait donc, ici, que le législateur intervînt pour concilier les droits et les intérêts de chacun.

Déjà, dans le droit classique, une telle situation avait attiré l'attention des jurisconsultes et le créancier qui ne trouvait pas d'acheteur pouvait s'adresser au prince pour acquérir la propriété de la chose hypothéquée, ainsi que le prouve la L. 63, § 4, Dig., *De acquir. rer. dom.*, 41, 1: « *Cum ex principis auctoritate*, dit Tryphoninus, *creditor ut proprium agrum tenere cæpit jure domini...* »

En l'année 530, Justinien réglementa de nouveau le droit du créancier qui, faute d'acheteur, ne pouvait réaliser par la *distractio* le bien hypothéqué: un rescrit de l'empereur adjugeait au créancier le bien inutilement mis en vente. C'était la *dominii impetratio* (1).

1. Voici d'ailleurs comment Justinien a réglé cette *dominii impetratio*: *Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam jure domini possidere: in hujusmodi casibus hanc causam esse observandam censemus, ut sive præsens sit debitor, denunciatio ei scilicet post biennium mittatur: sive abfuerit, pro-*

Remarquons en terminant que si la *lex commissoria* est formellement interdite, il n'y a aucun obstacle à la validité de la convention qui autoriserait le créancier à garder la chose, *sur une estimation à faire après l'échéance*; on conçoit qu'il n'y ait plus à redouter ici ni lésion, ni contrainte (L. 16, § 9, Digeste, *De pign. et hyp.*, 20: *hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio*).

vinciale tribunal creditor petat, et judicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo: ut fiat debitori manifestum per apparitionem judicis, quod a creditore petillum est: et certum tempus statuatur, intra quod si fuerit inventus debitor, debet is, qui pecunias creditas accepit, debitum offerre, et pignus recuperare. Sin autem nullatenus fuerit inventus, judex certum tempus definiat, intra quod ei licentia dabitur sese manifestare, et offerre pecuniam, et pignus a pignoratione liberare. Sin autem, tempore statuto, vel minimè fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit: tunc creditor adeat culmen principale, et precibus porrectis, jure domini (à nostrâ serenitate) habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regre sum, ex die sacri oraculi numerandum: et liceat ei creditori, qui jam dominus factus est, offerre debitum cum usuris, et damnis vitio ejus creditori illatis: quorum quantitatem creditor debet suo juramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissimè habeat rem creditor, idemque dominus jam irrevocabilem factam (L. 3, § 2 et 3, Code, *De jure dom. imp.*, 8, 34).

CHAPITRE CINQUIÈME

DES EFFETS DE LA DISTRACTIO

Nous avons vu que nous nous trouvions ici en face d'une aliénation consentie par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose vendue. Dans ces conditions, il nous reste à nous demander quels sont les effets d'une semblable vente: nous les étudierons successivement par rapport aux parties, au constituant, aux autres créanciers hypothécaires.

I. *Par rapport aux parties.* — Il faut examiner les effets de la *distractio* par rapport aux deux personnes qui sont parties dans la *distractio*: le créancier vendeur, le tiers acquéreur.

A. Tout d'abord, le créancier doit *livrer* la chose vendue à l'acquéreur. Il lui sera facile d'exécuter cette obligation: il est, c'est notre hypothèse, possesseur du bien qu'il vient de vendre. D'ailleurs, il n'a qu'à faire la *tradition* de cette chose, et si, à l'origine, dans le cas où le bien était une *res Mancipi*, l'acheteur devait, au moyen de l'usucapion, transformer en propriété quiritaire sa

propriété bonitaire, il est certain que, dans le dernier état du droit, l'acheteur acquiert la propriété telle que le débiteur, ancien propriétaire, l'avait lui-même.

De la garantie. — Nous devons rechercher comment le tiers acquéreur sera garanti contre une éviction possible: il a traité, il est vrai, avec le créancier, mais il est censé tenir ses droits du débiteur. Le créancier qui vend *jure creditoris*, et qui doit avertir l'acheteur de sa qualité de créancier et de non propriétaire (L. 59, § 4, Dig., *De contr. empt.*, 17. 1.), sera tenu certainement de garantir le tiers acquéreur, s'il n'a pas prévenu celui-ci de cette particularité, ou s'il a déclaré prendre, vis-à-vis de lui, la responsabilité de toute éviction: nous écartons ces deux cas particuliers.

1^{er} Cas. *L'éviction provient d'un défaut de droit chez le créancier vendeur.* — Comment, en cas d'éviction, l'acheteur va-t-il être protégé? Les auteurs ne sont pas d'accord sur la réponse à faire à cette question. Suivant les uns, lorsque le créancier vendeur était de bonne foi et convaincu de la validité de son hypothèque, il n'était pas tenu de la garantie, car il ne pouvait être accusé de dol, et l'on tire argument à *contrario*, en faveur de cette solution, du texte suivant d'Ulpien: « *Etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vendi-*

derit, tenebitur ex empto. » (L. 11, § 16, Dig., *de act. empt. et vend.* 191).

Nous n'admettons pas ces conséquences, et nous pensons que, *au moins à partir d'une certaine époque*, on exigea d'une façon absolue que le droit du créancier *prior* fût non seulement certain, mais aussi pleinement valable; en d'autres termes, si ces caractères du droit du créancier n'étaient pas réunis, celui-ci devait être tenu de la garantie: une constitution d'Alexandre Sévère, de l'an 224, est, en effet, formelle en ce sens, et conçue en termes généraux, bien qu'il ne s'agisse que d'une vente opérée par le fisc, c'est-à-dire d'une vente soumise à des règles très exceptionnelles: « *Hoc utique præstare debet, qui pignoris jure vendit, potiorum se cæteris esse creditoribus* » (L. 1, Code, *Credit. evict.*, 8, 46). Ainsi donc, à partir de l'an 224 tout au moins, il faut décider que la solution donnée dans le premier système est inexacte, et peut-être faut-il en dire de même avant la constitution d'Alexandre Sévère, car la décision d'Ulpien, sur laquelle on se fonde, ne fournit qu'un argument *à contrario*, qu'il ne faut jamais accepter qu'avec précaution, surtout lorsque, ce qui a lieu dans notre hypothèse, on arrive à une solution contraire aux principes généraux et à l'équité.

2^m^e Cas. *L'éviction que subit l'acquéreur provient d'un défaut de droit chez le débiteur dont la chose a*

été vendue. — La même question se pose encore : comment l'acheteur sera-t-il garanti ? Il pourrait, en effet, y avoir éviction, lorsque le débiteur n'a pas la propriété de la chose hypothéquée, puis vendue. Dans ce cas, y a-t-il lieu à garantie ?

La règle générale, ici, est que le créancier vendeur ne doit pas la garantie : « *Et si is, nous dit Paul, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quæstionem movere* » (L. 10, Dig., *De distr. pign.*, 20, 5). La seule obligation incombant, dans ce cas, au vendeur qui ne commet pas de dol (L. 11, § 16, Dig., *De act. empt. et vend.* 19. 1.), c'est-à-dire qui est de bonne foi, est de garantir à l'acquéreur qu'il lui vend en qualité de créancier hypothécaire. Pour justifier ce principe, il faut se rappeler cette autre règle que quiconque vend sous l'empire d'une nécessité, n'est pas obligé à la garantie (L. 9, Dig., *Fam. ercisc.*, 10, 2). Or nous nous trouvons bien ici, en présence d'une hypothèse semblable : « *ex necessitate facta venditio* » (L. 9, Dig., *De distr. pign.* 20. 5).

Lorsque l'éviction se produit, alors que le prix de la vente n'a pas encore été payé, l'acheteur doit-il, cependant, payer ce prix au créancier ? Sur ce point, Ulpien (L. 11, § 16, Dig., *De act. empti et vend.* 19. 1) tranche la question dans le sens de

la négative : nous ne pouvons qu'approuver une semblable solution.

Quant à la question de savoir si le débiteur est tenu à garantir, elle sera examinée plus loin.

B. L'acheteur doit payer le prix au créancier qui a exercé, en vendant, le *jus distrahendi*. Le prix doit être payé *en entier* au créancier *prior* par l'acquéreur de la chose hypothéquée. Si ce prix est égal à la somme due au créancier, la créance de celui-ci est complètement éteinte. Le prix lui appartient en totalité lorsqu'il est inférieur ou égal au montant de la créance; s'il est inférieur, le créancier conserve sa créance et son action pour le surplus: *Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit.* (L. 28, Dig., *De reb. cred.*, 12, 1). Quand la vente a produit un prix supérieur au montant de la créance, il est bien évident que le créancier vendeur ne peut garder l'excédent du prix qui lui a été remis par l'acheteur. Mais à qui doit-il faire la remise de cet excédent?

Il faut distinguer, pour répondre à cette question, le cas où il n'existe aucun autre créancier hypothécaire du débiteur dont le bien a été vendu, et celui où il existe des créanciers ayant une hypothèque, postérieure en date, sur le bien dont la *distractio* vient d'être opérée.

S'il n'y a pas d'autre créancier hypothécaire que

le vendeur, l'*hyperocha* sera restitué au débiteur qui recouvrera cet excédent par une action personnelle *pigneratitia directa*. Mais remarquons que c'est le créancier vendeur qui exige directement de l'acquéreur le *superfluum* ou *hyperocha* : « *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum cum usuris restituat, jure cogitur : nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quæ fit ex facto, suum creditor negotium gerat* (L. 42, Dig., *De pign. act.*, 13, 7).

S'il existe d'autres créanciers hypothécaires que le vendeur, celui-ci devra payer l'excédent à ces divers créanciers. Ces derniers pourront agir, pour obtenir ce reliquat, au moyen d'une action utile dont, faute de texte, la nature n'est pas certaine. Quelques commentateurs, et Cujas parmi eux, ont voulu accorder à ces créanciers hypothécaires postérieurs une action *hypothecaria utilis*.

Cette solution nous semble inexacte. Le droit du débiteur porte sur l'*hyperocha*, et il a, pour l'obtenir, l'action *pigneratitia directa* personnelle. Il suffit donc d'imaginer que les créanciers hypothécaires postérieurs sont subrogés dans les droits de leur débiteur, pour leur accorder, à titre utile, une *actio pigneratitia*.

II. *Par rapport au constituant.* — L'acheteur, quand il a payé son prix au créancier vendeur,

a acquitté la dette du débiteur. Dans ces conditions, s'il vient à être évincé par suite d'un défaut de droit chez le débiteur, il aura contre ce dernier un recours en garantie. Ce principe est incontestable, mais il s'élève ici une difficulté relativement au point de savoir par quelle action ce recours pourra être exercé.

Une première opinion s'appuie sur un texte de Tryphoninus, d'après lequel il faut considérer comme semblables, d'une part, l'action de l'acheteur évincé contre le débiteur et, d'autre part, l'action qui serait accordée au propriétaire véritable, lequel, ne voulant pas poursuivre l'acquéreur, se proposerait de se faire indemniser par le débiteur qui s'est fait passer pour propriétaire de la chose vendue. Dans notre hypothèse, l'action serait donc une action *negotiorum gestorum utilis*, par laquelle il obtiendrait tout ce dont le débiteur aurait pu s'enrichir : *Si aliena res pignori data fuerit, dit en effet Tryphoninus, et creditor eam vendiderit, videamus an pretium, quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione pecuniæ creditæ ? Sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur ; quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem, post evictionem, ipsi debitor utili actione tenetur, nec ex aliena, jactura sibi lucrum adquirat* (L. 12 § 1, Dig., *De distr. pign.*, 20, 5).

On a voulu, dans une seconde opinion, considé-

rant le créancier vendeur comme une sorte de mandataire du débiteur dont le bien est vendu, donner au tiers acquéreur, non l'action *ex empto* contre le créancier, mais une action *ex empto utilis* contre le débiteur lui-même : *Ex empto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris, habita ratione fructuum dabitur : scilicet si hos ei cui evicit restituere non habebat necesse* (L. 74 § 1. Dig. *De evict.* 21, 2).

Quant à nous, nous baserons notre opinion sur un texte d'Ulpien, qui est ainsi conçu : *In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam præstet : habet autem contrariam pigneratitiam actionem ? Et magis est, ut præstet : cui enim non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est ?* (L. 38, Dig., *De evict.* 21, 2.)

Nous estimons donc avec Ulpien que l'acheteur avait l'action *pigneratitia contraria* : il pouvait en exiger la cession de la part du créancier ; ce dernier, en effet, pouvait exercer contre le débiteur cette action *pigneratitia contraria*. Puisqu'il est désintéressé, il ne saurait en refuser la cession à l'acheteur qui obtiendra ainsi l'indemnité qui lui est due. En sorte que, au moyen de l'action *ex empto*, l'acheteur se fera céder par le créancier

l'action *pigneratitia contraria* que possédait ce dernier.

III. *Par rapport aux autres créanciers hypothécaires.* — Lorsque la vente avait été faite par le créancier *prior*, l'apposition des affiches avait eu pour résultat de mettre les autres créanciers hypothécaires en demeure de se présenter pour faire valoir leurs droits; et ces créanciers postérieurs en date pouvaient alors se substituer au créancier *prior*, en exerçant, par exemple, contre lui le *jus offerendi*. Si ces créanciers n'ont pas fait valoir ce droit, ils sont considérés, par là même, comme ayant renoncé à leur hypothèque, et la chose vendue est purgée : « *Si eo tempore, quo prædium distrahebatur, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, programme admoniti creditores, cum præsentessent, jus suum executi non sunt : possunt videri obligationem pignoris amisisse* » (L. 6, Code, *De remiss. pign.* 8, 26).

Ainsi, après une telle vente, l'action des créanciers postérieurs se trouve éteinte (1) : ceux-ci ne peuvent plus que demander au créancier *prior*, en vertu de leur droit hypothécaire, le *superfluum*,

1. Cependant tous les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point : « Si quelques constitutions impériales, dit M. Jourdan, emploient des expressions qui semblent indiquer que l'action hypothécaire est absolument éteinte, cela ne doit s'entendre que de son efficacité dans le cas particulier qui est l'objet du rescrit » (*De l'Hypothèque*, p 543).

s'il en existe (L. 24, § 2, Dig., *De pign. act.*, 13, 7). Ils ont, par conséquent, perdu le *jus offerendi*: « *Cum prior creditor jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendi convenit* » (L. 3, pr. *De distr. pign.*, 20, 5). De même s'ils voulaient agir contre l'acheteur, qui est un ayant cause du créancier vendeur, ou contre les héritiers ou légataires de cet acheteur, ils seraient repoussés par l'exception *nisi ab eo res empta est cui ante erat obligata* (Comp. L. 12, pr., Dig., *Qui potior.*, 20, 4).

Remarquons, en terminant, que la dette, vis-à-vis du vendeur, n'est éteinte que par la vente suivie du paiement du prix: *Quæsitum est*, dit Paul, *si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta* » (L. 9, pr. Dig., *De distr. pign.*, 20, 5). Mais, cependant, bien que la dette ne soit éteinte que par le paiement du prix, il n'en reste pas moins certain que la vente elle-même enlève au débiteur le *jus solvendi*, et aux créanciers hypothécaires postérieurs le *jus offerendi*, alors même que le prix n'aurait pas encore été payé: « *Obligata pignoris jure creditore recte distrahente, post debitor emptori pretium offerens, vel creditori quod debuit, evincere non potest* » (L. 2, Code, *Si anti-*

quior, 8, 20). D'ailleurs on comprend que le débiteur, par exemple, ne puisse pas exercer le *jus solvendi*, puisque, par le contrat de vente, le créancier vendeur a contracté l'obligation de livrer la chose et que, sans sa faute, il ne pourrait s'acquitter de cette obligation, si le débiteur pouvait, à cet instant de la *distractio*, intervenir utilement.

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

INTRODUCTION HISTORIQUE

Lorsqu'une personne a fait reconnaître son droit en justice, il est nécessaire que des procédés énergiques sauvegardent l'autorité de la chose jugée; il faut que la partie qui triomphe trouve dans le jugement un secours efficace: toutes les législations ont proclamé cette vérité.

Pour atteindre ce but, le législateur français a attaché aux jugements une hypothèque générale, frappant les biens présents et à venir du débiteur, et donnant ainsi une force considérable aux droits que le créancier vient de faire reconnaître par le juge.

Lorsqu'on examine cette sûreté spéciale qui sanctionne si puissamment la condamnation obtenue contre le débiteur, on voit que l'hypothèque judiciaire est, en somme, un moyen d'exécution des jugements, au même titre que l'était autrefois la

contrainte par corps, et que l'est aujourd'hui la saisie : c'est, au fond, une exécution de l'immeuble, c'est presque une saisie.

En effet, l'hypothèque judiciaire naît le jour où le débiteur est déclaré n'avoir pu faire face à ses engagements; c'est alors que ses créanciers font valoir leurs droits sur le gage commun qui leur est donné par la loi : l'inscription d'une semblable hypothèque est le prélude de l'exécution prochaine; on peut donc dire que l'hypothèque judiciaire appartient bien plus au système des dispositions relatives à la saisie réelle qu'à celui des dispositions relatives au gage.

Voyons maintenant quelle est l'origine de cette institution.

§ 1. *L'hypothèque judiciaire n'est pas romaine.* — Il suffit de comparer le *pignus giudiciale* et le *pignus prætorium* à notre hypothèque judiciaire pour comprendre aussitôt que l'origine de celle-ci ne se trouve pas dans le droit romain.

Le *pignus prætorium* est, nous l'avons vu, un droit de gage accordé à un ou plusieurs créanciers sur l'ensemble des biens du débiteur. Accordé par le magistrat supérieur, contre un débiteur insolvable, ce droit résultait de la *missio in bona rei servandæ causa*. Le créancier obtenait ainsi un droit de rétention ou *custodia*, et un droit de gage général ;

aucune préférence n'était acquise au créancier ainsi envoyé en possession, et le *pignus prætorium* pouvait être invoqué par tous ceux qui se présentaient à la vente, tandis qu'en droit français, le créancier qui, le premier, fait inscrire son hypothèque judiciaire, prime ceux qui, postérieurement, font inscrire la leur. Le *pignus judiciaire*, il est vrai, conférait bien un droit de préférence au créancier qui l'avait obtenu, mais il ne résultait pas, comme notre hypothèque judiciaire, du jugement lui-même : il tirait son origine du décret du magistrat chargé de faire exécuter la sentence du juge.

D'autre part, l'hypothèque judiciaire de notre Code civil prend rang du jour de son inscription, tandis qu'à Rome, le droit de préférence résultant du *pignus judiciaire* ne datait que du jour de la saisie opérée. Enfin l'hypothèque judiciaire est générale, puisqu'elle frappe tous les biens présents et à venir du débiteur, tandis que le *pignus judiciaire* était spécial : les *apparitores*, chargés de la saisie, devaient s'emparer seulement d'une partie du patrimoine du débiteur suffisante pour éteindre la dette.

C'est pourquoi nous ne pouvons approuver l'opinion de plusieurs auteurs qui, après Grenier (*Hypothèques*, t. I, p. 403, n° 192), ont donné au *pignus judiciaire*, le nom d'hypothèque judiciaire (1).

1. Valette, *Revue du Dr. fr. et étr.*, 1849, t. VI, p. 912; Bonjean, *Des actions*, t. II, p. 177.

Et c'est dans notre très ancien droit que nous rechercherons l'origine de l'hypothèque judiciaire.

§ 2. *Ancien droit.* — Si l'on examine la jurisprudence des xvii^e et xviii^e siècles en matière hypothécaire, on constate, parmi les notables différences qui la séparent du droit romain, la règle suivante inconnue à Rome : *Tout jugement emporte hypothèque sur les biens du condamné*; quelles sont les origines de cette règle nouvelle?

Dans l'ancien droit coutumier, l'antériorité des poursuites ou du commandement de payer adressé par la justice au débiteur, créait, au profit du créancier, une cause de préférence, en ce sens que le créancier diligent avait le droit de se faire payer avant ceux qui n'avaient agi qu'après lui (1).

On le voit, à l'origine, dans le très ancien droit français, les jugements ne donnaient lieu qu'à une espèce de *pignus judiciaire* assez analogue à celui des Romains. Mais on ne sait pas au juste si ce droit de préférence avait son origine dans la demande en justice, la sentence ou le commandement qui suivait cette sentence. Sous l'influence des principes romains, il fut admis que la saisie seule pouvait faire naître ce droit de préférence au profit du créancier (2).

1. Beaumanoir, XXXIV, 52; Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 225.

2. Bourdin, *Commentaire sur l'ordonnance de 1539*, 3^e édition (1600), p. 219; Davot, *Traité de droit français à l'usage du duché de Bour-*

« Sentences et condamnations n'emportent hypothèque, dit aussi Papon, mais seulement une simple action *ex judicato*, ou bien droit de la faire exécuter, et commence l'hypothèque du jour de la saisie de gage et exécution de la dite sentence » (*Recueil des arrêts*, L. 18, t. VI, arrêt 36).

Ce n'est qu'au seizième siècle qu'une théorie nouvelles s'introduit, qui tend à attacher de plein droit une hypothèque générale à toute sentence de condamnation. Puisque, à cette époque, toute créance constatée par un acte authentique ou sous signature privée reconnu en justice, emportait hypothèque, il parut équitable d'accorder la même garantie à la créance sur laquelle le juge avait statué. On peut ajouter que le jugement était considéré soit comme un contrat, soit comme un quasi-contrat intervenu entre les plaideurs : *judiciis quasi contrahimus*.

C'est ainsi que l'art. 78 de la coutume de Paris (1510) dispose que « une cédule privée qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement ».

En 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterets, dans ses art. 92 et 93, reproduit et généralise cette règle.

Enfin, l'ordonnance de Moulins, en 1566, attache l'hypothèque à tout jugement productif d'obligations.

gogne, t. VII, p. 573; d'Argentré, sur l'art. 188 de la *Coutume de Bretagne*; Brodeau, sur *Louet*, lettre H, n° 25.

« Dès lors et en l'instant de la condamnation donnée *en dernier ressort et du jour de la prononciation*, dit l'art. 53 de cette ordonnance, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution du jugement ou arrêt par elle obtenu. »

Sur les remontrances du Parlement, une déclaration du roi, du 10 juillet 1566, dans son art. 11, décida que l'hypothèque remonterait au jour de la sentence, si celle-ci était confirmée, ou si l'appel n'intervenait pas. Et l'art. 107 de la coutume de Paris (1580), qui remplaçait l'ancien art. 78, fut rédigé conformément aux dispositions nouvelles.

Plus tard, en 1667, l'ordonnance générale sur la procédure civile porte, au titre 35, art. 11, que « l'hypothèque résultant des jugements a lieu, savoir : du jour de leur date, pour les contradictoires, et du jour de la sommation à procureur, pour ceux par défaut et ceux en procès par écrit. »

Suivant une déclaration concernant l'hypothèque du roi, « pour raison des amendes », intervenue au mois de juillet 1700, cette hypothèque devait produire effet à compter du jugement de condamnation seulement.

Il nous faut signaler encore, à la date du 18 novembre 1702, une déclaration d'après laquelle sont nulles toutes hypothèques conventionnelles *ou ju-*

diciaires obtenues sur les biens d'un failli, si les actes ou sentences ne sont pas antérieurs de dix jours au moins à la faillite publiquement connue.

Pour favoriser le commerce, le roi, le 2 janvier 1717, rendit la déclaration suivante :

« Voulons que toutes personnes qui ont précédemment obtenu des sentences, jugements et arrêts, ou qui pourront en obtenir dans la suite, sur exploits d'assignations donnés *avant l'échéance* des billets, lettres de change et de toute autre sorte de billets et promesses passés par marchands, négociants, banquiers et autres particuliers faisant trafic de denrées et marchandises, ne puissent prétendre avoir acquis ni acquérir, en vertu des dites sentences, jugements et arrêts, aucune hypothèque sur les biens et effets du débiteur... » (Comp. Cass., 6 avril 1809, Sirey, 1809, 1, 184.)

En résumé, à la fin de notre ancien droit, les jugements de tous les juges du royaume et des pays obéissant au roi, des juges inférieurs comme des juges royaux, des juges d'attribution comme des juges ordinaires, même ceux des juges consulaires, emportaient hypothèque sur tous les biens présents et à venir des parties pour les condamnations prononcées contre elles (Pothier, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, section 1, art. 2).

Mais les sentences des officiaux, bien qu'exécutaires par elles-mêmes sur les biens du con-

damné, n'avaient cependant pas la force hypothécaire (Loyseau, *des Seigneuries*, chap. XV, § 4).

Remarquons enfin que, dans notre ancien droit, l'hypothèque judiciaire était souvent appelée *hypothèque tacite* (Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. VIII, p. 637).

Dans les pays de nantissement, où le principe de la publicité des hypothèques était généralement admis, l'hypothèque judiciaire ne s'introduisit pas avec la même facilité que dans le reste de la France.

Cependant, la coutume de Lille (tit. 8, art. 6) admettait cette garantie, et même, dans le ressort du Parlement de Flandres, l'hypothèque judiciaire portait non seulement sur les immeubles, mais aussi sur les meubles du débiteur tant qu'ils demeuraient en la possession de ce dernier.

« Sentence du juge, dit aussi l'art. 180 de la coutume de Reims, n'emporte hypothèque sinon du jour qu'elle sera nantie et exécutée par le juge, car l'hypothèque est créée du jour du nantissement et exécution d'icelle, s'il n'y a appel, ou, y ayant appel, si elle est confirmée. »

Ainsi, dans quelques pays de nantissement, l'ordonnance de Moulins introduisit l'hypothèque judiciaire ; on put alors tourner la nécessité où l'on se trouvait d'employer « les formes des devoirs

de loi » : on se servit des tribunaux pour prendre une sentence d'hypothèque (1).

« Les arrêts donnent droit réel et de préférence », dit l'art 79, tit. 5, des coutumes de Bruxelles (Coutumier général, t. I, p. 1240). Mais en général, dans la Flandre, l'Artois, le Hainaut, la Picardie, le Cambrésis, l'hypothèque judiciaire est inconnue; et l'art. 74 de la coutume d'Artois la proscriit formellement (Merlin, Rép., v° *Nantissement*, art. V, § 2). Cela tenait à ce que les ordonnances de 1539 et 1566 n'avaient pas été enregistrées dans ce pays.

L'hypothèque judiciaire, dont nous venons de parler, s'applique seulement, d'une façon complète, aux immeubles. Dans certaines coutumes, au contraire, l'ancien droit subsista relativement aux meubles. C'est ainsi que Guy Coquille (*Institution*, p. 444) nous dit : « Le créancier qui premier fait saisir meubles valablement doit être préféré et premier payé... Mais l'exécution sur choses mobilières désire enlèvement et transport. Et si le meuble n'est pas déplacé, la seconde exécution avec déplacement sera préférée à la première... La raison est pour ce qu'en meubles n'y a hypothèque par convention, mais seulement par appréhension réelle. »

1. De Héricourt, *Vente d'immeubles*, p. 280; Troplong, t. II, p. 374.

C'est encore ainsi que Davot (*Traité*, t. VII, p. 566), sur la règle de Loysel : *Les premiers vont devant*, s'exprime de la façon suivante : « Le premier saisissant l'emporte en ce que c'est un gage judiciaire qui dépossède le débiteur. »

Mais ce droit de préférence tendit bientôt à disparaître ; il s'effaça devant les privilèges mobiliers ; il s'éteignit au cas de déconfiture du débiteur. De plus, dans les pays où, quant au droit de préférence, tout au moins, les meubles étaient soumis à l'hypothèque, la double théorie du premier saisissant et de la déconfiture s'absorba dans celle de l'hypothèque judiciaire (Basnage, *Traité des Hypothèques*, p. 76 et 77).

§ 3. *Droit intermédiaire.* — Pendant la Révolution, l'hypothèque judiciaire ne disparut pas de la législation, mais dès le début, on demanda qu'elle fût modifiée. C'est ainsi que le cahier de la ville de Dunkerque exprime le vœu « qu'en matière de commerce, les sentences ne portent hypothèque en aucune ville et lieu du royaume. » (*Archives parlem.* de Madival et Laurent, 1^{re} série, t. II, p. 182, art. 14).

De même, la paroisse de Balainvilliers demande « qu'on supprime l'hypothèque générale pour ne laisser subsister que l'hypothèque spéciale et privilégiée et qu'on soumette l'acquisition de l'hypo-

thèque judiciaire à l'enregistrement du titre au greffe de la justice du lieu où les immeubles hypothéqués sont situés » (*Archives parlem.* t. IV, p. 340, tit. 4, art. 4).

Signalons rapidement l'art. 14 du titre 2 de la loi du 23 octobre 1790 qui accorde le droit d'hypothèque générale et l'exécution forcée à tous les actes administratifs ; l'art. 9 de la loi du 5 décembre 1790 qui fixe l'ordre des hypothèques d'après la date de l'enregistrement ; et la loi des 4-9 mars 1793 qui attache aux marchés publics, même rédigés sous seing privé, une hypothèque générale de plein droit à dater de l'acceptation ministérielle qui donne au marché son authenticité.

La loi du 9 messidor an III, dans sa section 2, relative à l'hypothèque judiciaire, reproduisit les grands principes des ordonnances antérieures. « Il résulte, disait la loi (art. 10), en faveur du créancier, hypothèque sur les biens présents et à venir de son débiteur contre lequel il est intervenu, soit un jugement de reconnaissance d'écrit privé ou de condamnation, soit une sentence arbitrale rendue exécutoire. — Néanmoins, les jugements rendus dans les dix jours antérieurs à la faillite, banqueroute, ou cessation publique de paiement d'un commerçant, ne sont point susceptibles d'hypothèques (art. 11). — Ne sont pareillement susceptibles d'aucune hypothèque les condamnations obtenues

contre l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire ou le curateur d'une succession vacante (art. 12). »

La loi de messidor, on le sait, ne fut jamais appliquée. Celle du 11 brumaire an VII, tout en reconnaissant le principe même de l'existence de l'hypothèque judiciaire, l'assujettit aux deux règles, qu'elle considérait à juste titre comme fondamentales, de la publicité et de la spécialité. Voici d'ailleurs les textes :

Art. 3. — « L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription, 1° pour une créance consentie par acte notarié; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire; 3° pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par un jugement. »

Art. 4. — « L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement... »

En résumé, avant 1795, l'hypothèque judiciaire est occulte; à cette époque, la clandestinité disparaît.

En 1798 on voit s'évanouir la saisine hypothécaire des biens à venir; mais bientôt, retournant en arrière, le Code civil rétablit la généralité, tout en maintenant la publicité.

Non seulement le Code civil, tout en conservant la nécessité de l'inscription, a rendu la généralité à

l'hypothèque judiciaire, puisque celle-ci porte sur les immeubles présents et à venir, mais aussi à l'inscription elle-même, car une seule inscription fait asseoir l'hypothèque sur tous les immeubles qui, dans l'arrondissement où cette inscription est prise, sont ou seront la propriété du débiteur.

« On obtient, dit alors Treilhard, des condamnations contre un citoyen ; les jugements ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des contrats authentiques. Voilà l'hypothèque judiciaire ! »

« Le vice de ce raisonnement est palpable, a répondu très exactement M. de Vatimesnil, rapporteur de la commission législative chargée en 1856 d'examiner les projets de réforme de notre régime hypothécaire : ce qui est exact, c'est l'assimilation d'un jugement à un acte notarié ne contenant pas constitution d'hypothèque, mais non l'assimilation d'un jugement à un acte notarié contenant constitution d'hypothèque. Cette observation suffit pour renverser par sa base le système de l'hypothèque judiciaire. »

C'est ce système, tel que l'a organisé le Code civil, qu'il nous faut maintenant étudier, avant de prendre parti sur la question de savoir s'il doit, ou non, être conservé dans notre législation.

CHAPITRE PREMIER

CAS DANS LESQUELS IL Y A LIEU
A L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Principes. — « L'hypothèque judiciaire, dit l'art. 2117 Du Code civil, est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. » Cet article est, ainsi qu'il suit, développé et précisé par l'art. 2123 : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf les modifications de la loi. — Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. »

Ainsi l'hypothèque judiciaire est une hypothèque

générale qui résulte de plein droit de la plupart des jugements, de certains actes judiciaires, des contraintes administratives, et, moyennant certaines conditions, des sentences arbitrales et des jugements rendus par les tribunaux étrangers.

Ajoutons immédiatement que l'art. 2148 en règle le mode d'inscription, que les art. 2162 et 2165 déterminent la procédure d'appréciation des inscriptions excessives et que la loi de 1807 atténue les inconvénients de la seconde partie du premier alinéa de l'art. 2123.

Remarquons aussi que, l'hypothèque judiciaire naissant du jugement sans qu'on y songe, sans que des conclusions spéciales soient déposées relativement à elle, cette garantie présente une analogie frappante avec les hypothèques légales dont parle l'art. 2122 ; d'ailleurs Pothier lui donnait même le nom d'hypothèque légale (*Edition Bugnet*, tome I^{er}, p. 424).

JUGEMENTS ET ACTES JUDICIAIRES

§ 1. *Critérium.* — Les art. 2116 et 2123, dans leur généralité apparente, semblent attacher à tout jugement l'hypothèque judiciaire. Cependant la

force même des choses restreint une semblable généralité. Dans certaines catégories de jugements, en effet, on ne conçoit pas l'utilité d'une garantie spéciale qui ne s'appliquerait à rien. Par exemple, l'hypothèque judiciaire ne saurait s'attacher à un grand nombre de décisions même rendues en matière contentieuse. — C'est ainsi que nous admettons qu'aucune hypothèque ne découle des jugements qui peuvent intervenir sur une question d'état, ou qui ordonnent des expertises, des visites de lieux, ou enfin qui tranchent des questions de compétence (Troplong, n° 437 *bis*).

Il doit donc y avoir une règle, un critérium qui puisse nous permettre de distinguer ceux des jugements qui engendrent l'hypothèque judiciaire de ceux qui ne la produisent pas. Or, aux termes de l'art. 2114, l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles *affectés à l'acquittement d'une obligation*. On en déduit immédiatement que seul le jugement constatant ou créant une obligation à la charge d'une des parties, emporte, sur les immeubles de cette dernière, au profit de la partie adverse, l'hypothèque que nous étudions.

Ce principe nous sera facile à justifier. L'hypothèque, en effet, aux termes mêmes de l'art. 2114, est un droit réel sur les immeubles affectés à *l'acquittement d'une obligation*. Cette sûreté ne peut

donc résulter que des jugements qui renferment des obligations.

Déjà, l'ordonnance de Moulins disait dans son art. 53 : « L'hypothèque est acquise dès lors et à l'instant de la *condamnation* sur les biens du condamné. » Et l'art. 10 de la loi de messidor n'accordait l'hypothèque qu'aux « *jugements de condamnation*. » L'art. 3 de la loi de brumaire accorde cette hypothèque pour la créance résultant « *d'une condamnation judiciaire*. » Enfin l'art. 2123 nous dit que « l'hypothèque judiciaire résulte des jugements en faveur de celui qui les a *obtenus*. » La conclusion qui s'impose à nous, après la lecture de ces textes, est donc qu'il faut exiger avant tout l'existence d'un créancier et d'un débiteur. Les seuls jugements dont parle ici le Code sont ceux qui interviennent à propos d'un *procès*. Les autres sont, à proprement parler, des actes judiciaires : nous nous en occuperons plus loin.

Il nous faut maintenant appliquer notre critérium aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter dans la pratique, et voir dans quel cas il y a lieu, ou non, à l'hypothèque judiciaire.

§ 2. *Jugements engendrant l'hypothèque judiciaire.*

— Quelle que soit tout d'abord l'obligation qui résulte du jugement (obligation de faire ou de ne pas faire, de livrer un corps certain ou une chose

in genere...), l'hypothèque existe toujours en faveur du créancier pour garantir soit le paiement de la somme elle-même, soit le paiement des dommages-intérêts dans lesquels, aux termes de l'art. 1142, se résout l'obligation soit de faire, soit de ne pas faire.

C'est ainsi qu'un jugement qui condamne un individu soit à faire, soit à ne pas faire, donne naissance à l'hypothèque, car si l'objet de celle-ci reste indéterminé, jusqu'à ce qu'une liquidation des dommages-intérêts soit intervenue, s'il y a lieu, il est certain qu'une créance indéterminée dans sa valeur n'en est pas moins susceptible d'hypothèque, pourvu qu'elle soit fondée sur un titre capable de lui conférer ce droit (1).

De même l'hypothèque judiciaire dérive de toute décision qui reconnaît au profit d'une partie et à la charge d'une autre un droit conditionnel, éventuel ou indéterminé (Cass. 19 août 1878. Sirey, 79. 1. 29).

Ainsi, en effet, que le disait la Cour de Montpellier, dans l'enquête administrative de 1841, « l'hypothèque elle-même n'est qu'une mesure conservatoire ; s'il est juste de n'attacher la voie d'exécution qu'à des droits actuels et déterminés, il est naturel et logique de faire correspondre au moins

1. Troplong n° 442 *bis*. — Cass., 4 juin 1828. — *Adde* Cass. 31 déc. 1867, Sirey. 68, I. 99.

des moyens de conservation à ceux dont l'existence se produit à la justice, au moins comme probables par leurs antécédents » (*Documents hypothécaires*, t. III, p. 270.)

Dans ces conditions, le jugement défini comme nous l'avons fait frappe toujours de l'hypothèque judiciaire les immeubles du débiteur, quelle que soit la juridiction qui le prononce ; nous avons vu que, sauf ce qui concerne les officiaux, c'était déjà la solution de l'ancien droit, et nous devons la maintenir, l'art. 2123 ne faisant aucune distinction. Donnent donc, aujourd'hui, naissance à l'hypothèque : les jugements rendus par les tribunaux de première instance ou par les tribunaux de commerce ; les arrêts des cours d'appel ; les décisions des tribunaux criminels quand ces derniers ordonnent des *réparations civiles* ; les sentences des juges de paix ou des conseils de prud'hommes ; les décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, les arrêtés des ministres, des conseils de préfecture.

Cependant quelques remarques sont ici nécessaires. C'est ainsi que l'hypothèque judiciaire ne peut résulter d'un arrêt du conseil de guerre (Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 76). « Attendu, dit de même la Cour de cassation dans un arrêt du 23 octobre 1817, que la compétence des divers tribunaux est réglée par

la loi, et qu'ils ne peuvent sortir du cercle de leurs attributions sans commettre une violation de la loi qui les a institués ; que les conseils de guerre ne sont créés, que pour juger les délits militaires ou commis par des militaires ; que ce n'est donc que contre les personnes qu'ils peuvent prononcer les peines encourues, lorsque ces personnes sont déclarées coupables ; qu'aucune loi ne leur confère le droit de prononcer des réparations civiles et que, par cela seul, ce droit leur a été refusé. »

C'est ainsi encore que les jugements rendus en Algérie par les tribunaux musulmans n'emportent pas hypothèque judiciaire. Il en est ainsi même dans le cas où un tel jugement a été obtenu par un Français ou par un établissement public français contre un indigène musulman (Alger, 16 février 1880, *Journal des conservateurs des hypothèques*, 1880, p. 177).

En effet, les tribunaux musulmans, chargés d'administrer la justice entre musulmans, n'appliquent et ne peuvent appliquer que le droit musulman. Dans ces conditions, la question se transforme naturellement en celle-ci : l'hypothèque judiciaire est-elle consacrée par le droit musulman ? Comme la négative est certaine, nous ne pouvons qu'approuver l'arrêt rendu par la cour d'Alger.

Remarquons-le en dernier lieu, lorsqu'un pays est occupé par l'ennemi, que celui-ci y établit des

tribunaux et y fait rendre la justice, les décisions de ces tribunaux ont la même force que si elles étaient émanées des juges institués par le souverain légitime : les condamnations produisent hypothèque de plein droit, sans aucune revision ni examen préalable (Bordeaux, 25 janvier 1820). Les habitants, en effet, ne peuvent se passer de justice : les jugements rendus pendant l'occupation doivent donc avoir la même force que ceux rendus dans une autre partie du territoire.

Mais il faut bien observer ici que toutes les décisions énumérées plus haut n'emportent hypothèque qu'au cas où elles sont rendues par un tribunal compétent. C'est ainsi, nous l'avons dit, que les jugements émanés des juges de paix, statuant au civil dans les limites de leurs attributions, emportent certainement hypothèque. Mais si le juge de paix excédait les limites de sa compétence, l'hypothèque judiciaire serait frappée de nullité, comme le jugement lui-même, dont elle n'est qu'un accessoire.

Nous admettons cependant que les décisions rendues par les juges de paix, hors des limites des attributions que la loi leur confère, d'après la volonté et le consentement des parties, et portant condamnation au profit de l'une d'elles, ont le caractère et l'autorité de véritables jugements donnant naissance à l'hypothèque judiciaire (Toulouse,

30 août 1842, Sirey, 45, 2, 545). « C'est un usage certain, disait déjà de Héricourt (*Vente d'immeubles*, ch. 11, sect. 2, n° 30), que la sentence rendue par un juge incompétent pour connaître d'une affaire donne hypothèque au créancier du jour qu'elle est intervenue, quand la partie a procédé volontairement devant le juge incompétent, ou si le condamné n'a point comparu, quand il ne s'est pas pourvu dans le temps prescrit pour faire infirmer la sentence qui a été rendue contre lui » (1).

L'art. 2123 gardant le silence à ce sujet, il nous faut admettre que les jugements par défaut emportent hypothèque, comme ceux rendus contradictoirement. Le titre 35 de l'ordonnance de 1667 disposait cependant que ces jugements auraient seulement un semblable effet « du jour de la signification aux procureurs », et la même disposition figurait dans le projet du Code civil (Fenet, t. II, p. 217). Mais elle n'a pas été reproduite lors de la rédaction définitive.

Tels sont les principes généraux, à l'aide desquels nous abordons l'examen des cas particuliers sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer.

Et d'abord il existe des actes qui portent le nom de jugements d'expédient : au cours de l'instance, les deux parties viennent à tomber d'accord et, au

1. Sur cette question de la prorogation de la compétence, Voir M. Valette, *Revue de droit français et étranger*, VI, p. 975.

moyen d'un jugement, le tribunal sanctionne cet accord. Il y a bien, en somme, un litige tranché par le juge, et l'hypothèque doit découler de la décision de celui-ci, pourvu que les parties n'aient pas simulé un procès afin de créer une hypothèque générale, alors que la loi n'admet pas d'hypothèque générale découlant de la convention. « Quand les parties sont censées avoir conclu, plaidé; quand les juges semblent avoir délibéré, prononcé; quand le jugement l'énonce positivement, est-il possible de dénaturer un acte aussi authentique? Dans ce cas, le tribunal, quoiqu'il ait adopté des résolutions qui n'émanent pas de lui directement, n'en a pas moins fait acte de juridiction, substitué sa propre volonté à celle des parties, et rendu un jugement dans toutes les formes » (1).

Inversement, et quelle que soit l'analogie qui existe entre les deux situations, nous déciderons que le *procès-verbal* de conciliation dressé par le juge de paix ne donne pas naissance à l'hypothèque judiciaire: ici, en effet, il n'y a plus de jugement.

Le jugement de condamnation à une pension alimentaire emporte hypothèque judiciaire (Lyon, 19 juin 1872. Sirey, 1873, 2, 20) (2).

1. Rivoire, *De l'appel*, n° 73. — *Adde*: Persil, *Rég. hyp.*, art. 2123, n° 11; — Pont, *Priv. et hyp.*, n° 577; — Aubry et Rau, t. III, p. 254.

2. Et si une femme séparée de corps ayant obtenu une pension alimentaire, contre son mari, a pris inscription pour sûreté de cette pension, elle a le droit de se faire colloquer sur les im-

On doit assimiler aux jugements qui donnent naissance à l'hypothèque judiciaire les diverses ordonnances dont parle le Code de procédure aux art. 191 et 403, et aussi les ordonnances sur référé. Ces décisions, en effet, sont de véritables jugements rendus par le président : il suffit de considérer, pour s'en assurer, quelles condamnations en résultent, et à quelles voies de recours elles sont soumises (art. 809 et suiv. du Code de procédure).

Les jugements donnant acte de la reconnaissance d'une obligation confèrent l'hypothèque judiciaire. Déjà à Rome, on décidait que l'aveu fait en justice devait être assimilé à un jugement : « *Confessos in jure pro judicatis habere placet; quare sine causâ desideras recedi à confessione tuâ, cum et solvere cogaris.* » (L. 1, Code, *De conf.*, VII, 59). Remarquons, de plus, que les jugements de donné acte constituent des titres exécutoires, tout aussi bien que les décisions prononçant des condamnations. Car ces jugements réunissent les deux conditions essentielles requises par la loi pour qu'un titre devienne susceptible d'exécution ; ils ont le caractère d'actes authentiques, et ils sont revêtus de la formule exécutoire qui permet l'exécution parée.

Le jugement qui valide une saisie-arrêt emporte

meubles acquis par son mari depuis son mariage, sans qu'on puisse lui opposer les dispositions de l'art. 563 C. Comm. (En ce sens, Cass., 14 juin 1853, *Journal des tribunaux de commerce*, 1854, p. 238.)

hypothèque, car il a pour effet de rendre le saisissant propriétaire de la créance du débiteur saisi, et de le faire considérer comme créancier direct de ce dernier; dès lors le saisissant peut prendre inscription en son nom personnel sur les biens du tiers saisi, ou renouveler à son profit les inscriptions déjà constantes en faveur du débiteur saisi (Cass., 20 mai 1839 (1)).

Les jugements qui déclarent légitime une obligation préexistante engendrent l'hypothèque judiciaire encore qu'ils ne prononcent pas de condamnation proprement dite. Ainsi, le jugement qui, statuant sur une demande de paiement d'arrérages d'une rente, rejette, comme mal fondé et non justifié, le moyen tiré par le débiteur de l'existence d'une contre-lettre qui modifierait les conditions de la stipulation de rente, et ordonne la continuation des poursuites, engendre l'hypothèque judiciaire, non seulement pour les arrérages, mais encore pour le capital de la rente (Cass. 13 décembre 1871, Sirey, 71, 1, 213).

Emporte hypothèque judiciaire le jugement qui,

1. Le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt, constatant à la charge du débiteur saisi contre lequel il a été rendu, l'existence d'une dette et tendant à en assurer l'acquittement, implique la condamnation du débiteur saisi et le droit pour le créancier saisissant de prendre inscription hypothécaire sur les biens de celui-ci. En conséquence, est valable l'inscription hypothécaire prise sur ces biens par le saisissant en vertu d'un tel jugement (Cass., 1^{er} avril 1881, *Journ. Cons. hyp.*, 1882, p. 127).

en cas de non-paiement des arrérages d'une rente viagère, ordonne l'emploi d'une somme suffisante pour en assurer le paiement (Cass., 5 novembre 1862, Sirey, 63, 1. 264).

L'hypothèque judiciaire résulte encore d'un jugement ordonnant la liquidation d'une société dont l'existence était déniée par l'un des associés et condamnant ce dernier à venir en compte pour les faits de la société (Cass., 23 mars 1868, Sirey, 68, 1, 154).

— *Les décisions qui ne tranchent pas définitivement la contestation ou ne prononcent pas de condamnation formelle ne produisent pas hypothèque judiciaire.* — De ce que les jugements préparatoires et interlocutoires n'engendrent jamais d'obligation, il faut conclure qu'ils n'engendrent jamais d'hypothèque, car l'interlocutoire lui-même ne lie jamais le juge qui peut rendre une décision absolument opposée à celle que l'interlocutoire aurait pu faire présager. Seuls donc, parmi les jugements avant dire-droit, les jugements provisoires produisent l'hypothèque judiciaire : l'art. 2123 est formel sur ce dernier point.

Ainsi, par exemple, un jugement renvoyant, avant faire-droit et sans rien préjuger, devant un arbitre rapporteur, n'est point un jugement préparatoire susceptible de conférer hypothèque : l'inscription prise en vertu d'un pareil jugement devrait être déclarée nulle, bien que, par suite du rapport de

l'arbitre, des condamnations soient ultérieurement intervenues (1).

De même l'hypothèque judiciaire ne résulte pas d'un jugement se bornant, après avoir prononcé la nullité d'une société, à renvoyer les associés, sur leur demande commune, devant un tribunal arbitral, pour le règlement de leurs intérêts dans la société de fait qui a existé entre eux (Cass., 8 déc. 1857, Sirey, 58, 1, 443).

Aussi a-t-il été jugé avec raison que le jugement qui, sur une demande en supplément de légitime, se borne à ordonner les mesures nécessaires pour arriver au partage de la succession, étant un simple jugement avant dire-droit, n'emporte pas hypothèque judiciaire. (Cass., 22 février 1864, Sirey, 64, 1, 418).

Que faut-il maintenant décider relativement au jugement ordonnant une reddition de compte? Il s'agit, avant tout, ici, de distinguer.

Lorsque le tribunal ordonne de rendre compte, une obligation de faire prend certainement naissance, celui qui doit rendre compte voit donc, de ce fait, ses biens soumis à l'hypothèque.

En second lieu, et par suite de la reddition de compte, une seconde obligation peut commencer à

1. Paris, 26 décembre 1844, Sirey, 45, 2, 174. En ce même sens : Bourges, 31 mars 1830, Sirey, 30, 2, 187; et Cass., 17 janv. 1844, Sirey, 44, 1, 419.

exister; supposons, en effet, qu'il y ait un reliquat : l'hypothèque judiciaire, née du jugement ordonnant la reddition du compte, garantira-t-elle le paiement de ce reliquat contre celui qui a rendu son compte ? A cette question controversée, nous répondrons négativement.

En effet, quelle est l'obligation que crée contre le rendant, le jugement intervenu ? Bien évidemment celle de rendre compte, non celle de restituer une somme d'argent. Ce n'est que plus tard, par un jugement postérieur, que le rendant pourra être condamné à payer le reliquat, *une fois qu'il aura été prouvé que ce reliquat est dû*. En d'autres termes, nous repoussons la théorie des obligations implicites, en vertu de laquelle le demandeur serait créancier conditionnel, par le fait même de la condamnation du défendeur à rendre ultérieurement compte de sa gestion, en sorte que, avant que l'obligation ait été constatée par le tribunal (ou le juge commissaire, suivant les cas), le rendant deviendrait débiteur du reliquat, et débiteur soumis à l'hypothèque judiciaire. — Cette théorie est admise cependant par plusieurs auteurs (M. Pont, *Priv. et hyp.*, n° 574) — et par plusieurs décisions judiciaires (1).

Le jugement qui ordonne de rendre compte, dit-on

1. Montpellier, 9 janvier 1837, Sirey, 38, 2, 415; 2 juin 1841, Sirey, 42, 2, 65; Cass., 23 mars 1864, Sirey, 68, 1, 454.

pour soutenir le système des obligations implicites, *contient en germe l'obligation de payer le reliquat*. Si l'on admettait ce principe, il faudrait étendre, bien au delà de ses limites, la sphère d'application de l'hypothèque judiciaire. Pourquoi, par exemple, ne pas admettre que le jugement qui constate une filiation (par là même que, plus tard, cette filiation peut engendrer entre certaines personnes une obligation alimentaire) donne naissance à une hypothèque judiciaire destinée à garantir le paiement de ces aliments ?

Ainsi, nous n'adopterons pas cette théorie pour ce qui est de la reddition d'un compte et, de même, nous ne l'accepterons pas quand il s'agira d'un jugement ordonnant le règlement d'un mémoire d'ouvrier, car le jugement n'astreint le défendeur qu'à une obligation, celle de procéder au règlement. Plusieurs auteurs professent l'opinion que nous considérons comme seule exacte (1).

D'autre part, la jurisprudence s'est souvent prononcée dans ce sens. C'est ainsi que le jugement qui nomme ou qui confirme la nomination d'un agent ou du syndic d'une faillite ne produit pas hypothèque. En effet, il ne suffit pas, dit la Cour de cassation, pour donner naissance à l'hypothèque judiciaire, qu'un jugement ait conféré à un individu une ges-

1. Pigeau, *Proc. civ.*, p. 398; Troplong, *Priv. et hyp.* n° 439.

tion dont il est obligé de rendre compte. Tant qu'aucune condamnation n'a été prise, cette obligation de rendre compte ne résulte que de la loi qui n'y a point attaché l'hypothèque légale (Cass. 21 août 1810, *Journal des notaires*, art. 2612, 3°).

De même, le jugement qui nomme un expert pour constater la réception des travaux, dans le cas de l'art. 2103, 4°, C. civ., ne confère pas au constructeur une hypothèque judiciaire susceptible d'être conservée par une inscription prise en vertu de ce jugement (Bordeaux, 26 mars 1834, Sirey, 34, 2, 373).

Enfin, le jugement qui se borne à déclarer mal fondée une demande en revendication d'un fonds de commerce et qui ne prononce aucune condamnation contre le revendiquant ne confère contre celui-ci aucune hypothèque judiciaire et ne peut dès lors suffire pour autoriser une inscription hypothécaire, *quand même l'inexécution de ce jugement pourrait être ultérieurement la source d'une condamnation à des dommages-intérêts* (Cass., 17 janvier 1844, Sirey, 44, 1, 419).

La même solution, semble-t-il, devrait s'appliquer au jugement qui condamne à fournir une caution. « Ce qui prouve bien, dit M. Persil, que le jugement ordonnant de fournir caution n'emporte pas hypothèque, c'est qu'après avoir prévu le cas où le débiteur ne trouverait pas de caution, l'art. 2041 ajoute qu'il pourra donner un gage ou un nantissement.

Or, si par l'effet du jugement, le créancier eût eu une hypothèque judiciaire, la loi n'eût pas accordé cette dispense, car c'eût été restreindre le créancier, le limiter à une chose spéciale, alors qu'il aurait eu une hypothèque générale par la prononciation du jugement.» (Persil, *Questions*, t. I^{er}, p. 279).

Cependant il est généralement admis aujourd'hui qu'un tel jugement donne naissance à l'hypothèque judiciaire. Lorsque, en effet, le débiteur est condamné à fournir caution, il est astreint à une obligation de faire, et cette obligation, susceptible de se résoudre en dommages-intérêts, entraîne, par suite, l'hypothèque judiciaire.

Nous avons dit que l'hypothèque ne peut résulter que d'une décision de justice dont le dispositif condamne une partie à l'exécution d'une obligation ou donne acte à son adversaire d'un aveu fait devant le juge et impliquant une obligation. La jurisprudence déduit de ce principe que la taxe du président, ne réunissant aucune de ces conditions, ne constitue en faveur des notaires qu'une simple présomption de créance. La loi du 5 août 1884, qui décide que la taxe donne ouverture à un exécutoire, n'a pas modifié le caractère de cette taxe : une partie qui n'a pas été appelée à se défendre ne saurait être, en effet, considérée comme condamnée (1).

1. Bourges, 24 juill. 1887. *Pandectes françaises périodiques*, 1887, 2, 326; Trib. Largentière, 21 mars 1882, *Journ. des not. et des av. art.* 22687;

Exception au principe que les jugements portant condamnation entraînent hypothèque. — Aux termes de l'article 446, § 4, *C. Com.*, une hypothèque judiciaire ne peut jamais naître depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent; on sait quels sont les motifs qui ont porté le législateur à édicter cette règle : il est à craindre, en effet, que le débiteur ne modifie l'égalité qui doit régner entre ses créanciers, en laissant prendre contre lui, peu de temps avant sa faillite, des jugements de condamnation entraînant hypothèque au profit de ceux de ses créanciers qu'il veut avantager. On ajoute qu'il faut éviter qu'à ce moment il y ait une véritable course pour obtenir ce jugement de condamnation qui permet d'inscrire l'hypothèque : les créanciers les plus rapprochés du débiteur commun seraient dans une situation plus favorable que les autres, ce qui détruirait le principe d'égalité.

Ces raisons ne nous semblent pas concluantes. Nous y reviendrons quand nous présenterons la critique de l'hypothèque judiciaire.

En tous cas, il a été décidé que l'inscription ne doit pas être nécessairement annulée parce qu'elle

Trib. la Châtre, 13 mars 1884, *Pand. chr.*, *Bulletin de la taxe des frais et dép.*, t. V, p. 118 et 119 et renvois; Trib. Langres, 14 mai 1884, *Pand. chr.*; Trib. Valence, 4 août 1884, *Pand. chr.*, *Bulletin de la taxe des frais et dépens*, t. V, p. 91; *Explic. de la loi du 5 août 1881* par Amlaud, *Journal des notaires et des avocats*, art. 22712, 1882, p. 330; Trib. Privas, 15 juillet 1886; Trib. Brive, 18 novembre 1886, *Bull. de la taxe des frais et dépens*, t. VII, p. 25, *Pand. chr.*

aurait été prise après l'époque de la cessation des paiements, si le créancier n'a mis de retard à l'inscrire que parce qu'il ignorait l'existence de l'immeuble (Rouen, 16 mai 1857, *Journ. Trib. Comm.*, 1858, p. 230). Mais le Tribunal de Commerce, en reportant l'ouverture de la faillite, peut prononcer l'annulation de l'hypothèque, si elle a été prise en vertu d'un jugement postérieur de plusieurs mois à cette époque, ou si, découlant d'un jugement de beaucoup antérieur, elle a été inscrite, dans l'espèce, seulement cinquante-six jours après, par suite de la négligence du créancier (Paris, 16 juin 1858, *Journ. Trib. Comm.*, 1858, p. 293).

§ 3. *Actes judiciaires.* — L'acte judiciaire n'intervient pas à propos d'un litige ; c'est la simple constatation d'un fait par le tribunal.

D'après l'art. 2117, l'hypothèque devrait être attachée aux actes judiciaires comme aux jugements. Mais cette disposition trop générale est restreinte, par l'art. 2123, aux seules reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Ainsi, nous poserons en principe, contrairement aux termes de l'art. 2117, mais conformément à ceux de l'art. 2123, auxquels il nous faut surtout recourir, puisque c'est là que se trouve le siège de la matière, que les actes judiciaires ne produi-

sent pas hypothèque, sauf quelques exceptions signalées par le législateur et que nous étudierons à part. Appliquons de suite notre principe.

Le jugement d'adjudication sur saisie n'emporte pas hypothèque judiciaire sur les biens de l'adjudicataire, et la clause du cahier des charges qui lui attribuerait cet effet doit être considérée comme non avenue. En effet le législateur attache à ce jugement un mode de contrainte spécial et rigoureux qui est la folle enchère, et tout indique qu'il n'a pas voulu y ajouter une autre sanction qui eût été désastreuse pour les créanciers de l'adjudicataire (Limoges, 3 mars 1854, *Journal des Avoués*, t. LXXIX, p. 379).

D'ailleurs, on le sait, il n'y a que les jugements condamnant à une obligation qui puissent engendrer hypothèque. Or le jugement d'adjudication n'est pas un jugement de condamnation. Ce n'est pas même un jugement rendu sur une contestation : c'est donc moins un jugement qu'une formalité judiciaire requise pour donner à un acte une plus grande solennité (Troplong, *Hyp.*, t. II, n° 441 *ter*).

Remarquons-le, enfin, un jugement d'adjudication, loin de créer des hypothèques, a ordinairement pour effet d'éteindre celles qui existent. La circonstance qu'il est rendu sur des publications volontaires n'ajoute rien à son objet primitif et ne doit, au contraire, faire considérer le juge que

comme remplaçant l'officier public qui aurait passé le contrat de vente : or, un notaire ne peut recevoir une clause d'hypothèque *générale* (1).

Les bordereaux de collocation délivrés à la suite d'un ordre emportent-ils hypothèque ? La cour de Grenoble a été appelée à statuer sur cette question qu'elle a très exactement résolue dans le sens de la négative, par un arrêt en date du 28 mai 1831 : « Attendu qu'il est conforme aux règles établies, de ne considérer le bordereau de collocation que comme un extrait *in parte quâ* du procès-verbal d'ordre ; attendu qu'un procès-verbal d'ordre est une véritable décision judiciaire ; mais qu'on ne peut, de ce principe, faire découler en faveur de celui au profit duquel le juge-commissaire a rendu cette décision, une hypothèque judiciaire ; attendu que l'hypothèque judiciaire est celle qui a eû pour objet de suppléer, en faveur du créancier, l'obligation volontaire à laquelle le débiteur se serait refusé par un sentiment d'injustice. »

Avec M. Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 442 *quater*), nous approuvons cette doctrine conforme au principe posé et nous ferons remarquer : que l'acquéreur ne conteste pas, qu'il ne résiste pas à ses obligations, qu'il attend que l'ordre des rangs soit fixé entre les créanciers, et qu'il serait absurde de vou-

1. Grenier, t. I, n° 200 ; Delvincourt, t. I, p. 158, n° 7 ; Persil, art. 2123 n° 11 ; Troplong, n° 441 *ter*.

loir le grever d'une hypothèque judiciaire, alors qu'il ne subit aucune condamnation. Mais nous croyons qu'il devrait en être autrement si, sur la contradiction de l'adjudicataire, le bordereau de collocation avait été déclaré, par jugement, obligatoire contre lui, car, dans ce cas, il y aurait condamnation subie par l'adjudicataire (Bordeaux, 30 avril 1840).

Nous pensons aussi qu'une ordonnance de distribution par contribution ne confère pas au créancier une hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur (Cass. 1^{er} août 1881, Sirey, 82, 1, 337, et la note de M. Lacointa).

De même, les jugements d'homologation, étant de simples actes judiciaires, n'engendrent pas l'hypothèque. Mais ici le code de commerce apporte, d'une façon expresse, deux exceptions à ce principe, en faveur du jugement déclaratif de faillite, et de celui qui prononce l'homologation d'un concordat. Ces deux exceptions, de même que les jugements relatifs aux reconnaissances d'écritures, seront étudiées à part.

Même solution pour le jugement confiant à une personne l'administration d'un autre individu. Lorsque le juge, en effet, nomme un administrateur, on ne peut dire que celui-ci devienne débiteur immédiatement par suite de la décision rendue. Il n'y a point, ici, de *condamnation prononcée*

contre le futur administrateur : un second jugement, en effet, serait nécessaire pour le forcer ultérieurement à rendre ses comptes. On peut, en faveur de cette solution, tirer argument de l'article 34 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés. Supposons, en effet, que l'hypothèque générale pût provenir des jugements qui nomment les administrateurs ; alors, comme le remarque très bien M. Valette, « la loi de 1838, loin d'accorder une garantie nouvelle aux incapables qu'elle a voulu protéger, les priverait d'un bénéfice que le droit commun assure aux personnes capables dont les biens sont administrés par suite de décisions judiciaires. Ce résultat serait contraire à la justice et à l'esprit qui a dicté les dispositions protectrices de la loi de 1838. » Notre doctrine, au surplus, est celle de MM. Persil (*Rég. hyp.*, t. I, p. 287, XIII.) et Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 440).

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un curateur à une succession vacante. Au moment même où ce curateur est nommé, aucune condamnation n'intervient contre lui ; il n'est pas encore débiteur ; ses fonctions n'ont pas encore commencé, et l'obligation de rendre compte des actes de gestion qu'il pourra faire ultérieurement ne prend pas naissance dans le jugement de nomination, mais bien dans le quasi-contrat qui se forme par suite de son acceptation ; on peut ajouter qu'un juge-

ment nouveau sera nécessaire pour forcer l'administrateur à présenter son compte : l'hypothèque judiciaire ne saurait donc résulter du jugement de nomination qui ne contient pas, comme on l'a prétendu, à tort selon nous, l'obligation implicite de rendre compte.

Nous admettons de même que les immeubles de l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent ne sont pas non plus grevés d'une hypothèque judiciaire. D'une part, en effet, la seule personne qui pourrait requérir cette inscription serait l'envoyé en possession lui-même et aucun texte ne lui impose cette obligation. D'autre part, cet envoyé est tenu de donner caution et cette obligation ne laisse pas l'absent privé de toute garantie.

Notons pourtant que la jurisprudence ne partage pas notre manière de voir. Ainsi, il a été décidé que le jugement qui nomme un administrateur provisoire aux biens d'une personne dont l'interdiction est provoquée, emportait hypothèque sur les biens de l'administrateur (Paris, 12 décembre 1833, Sirey, 34, 2, 103).

— *Exceptions.* — Trois exceptions ont été apportées par le législateur à la règle générale que les actes judiciaires n'emportent pas hypothèque. Il nous faut insister un peu sur chacune d'elles.

a. Jugements de reconnaissance ou de vérifica-

tion d'écritures. — Je suis créancier, et mon titre est sous seing privé. Dans ces conditions, j'assigne mon débiteur en reconnaissance d'écriture. Le jugement qui intervient alors en ma faveur emporte hypothèque générale sur les immeubles de mon débiteur, et sur ce point, le code ne fait que reproduire les théories de l'ancien droit.

L'ordonnance de 1539, en effet, décida la première que les jugements de reconnaissance et de vérification emporteraient hypothèque, et cette disposition était logique, une fois admis ce principe que l'hypothèque résultait des actes notariés. Le code civil, tout en supprimant cette dernière, conserva l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de reconnaissance.

Mais en vertu de ces principes, si je suis créancier à terme ou sous condition, je vais ainsi me procurer une hypothèque générale, même avant l'arrivée de ce terme ou de cette condition, alors que les créanciers porteurs de titres exécutoires ne pourront obtenir condamnation qu'après l'exigibilité de leur créance! *L'inelegantia juris* semble incontestable. Aussi le Tribunat avait-il demandé que, à l'art. 2123-2, fussent ajoutés les mots: « Mais l'inscription ne peut avoir d'effet que du jour de l'échéance de l'obligation. » Le Conseil d'Etat repoussa cette modification qui, trois ans plus tard, fut consacrée législativement.

La loi du 3 septembre 1807 ne prit qu'une demi-mesure dont le résultat cependant fut de corriger les désastreuses conséquences de la théorie primitive.

L'art. 1^{er} dispose que « lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé formée avant l'exigibilité ou l'échéance de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ».

Même après 1807, on peut encore constater, sur le point qui nous occupe, des défauts dans l'œuvre du législateur. C'est ainsi que l'on ne conçoit pas nettement une hypothèque qui existe actuellement et ne produira d'effets que plus tard.

De même encore le créancier muni d'un titre authentique peut commencer à agir pour obtenir le jugement conférant hypothèque *seulement du jour de l'échéance*, alors qu'à ce moment même, l'inscription prise par le créancier visé par la loi de 1807 commence à produire tous ses effets. Quoi qu'il en soit, le créancier qui forme une demande en reconnaissance d'écritures ne peut plus désormais être autorisé à prendre inscription hypothécaire sur les biens de son débiteur, en vertu du juge-

ment de reconnaissance, avant l'échéance de l'obligation, à moins qu'il ne prouve qu'il y a eu stipulation contraire (Trib. civ. Seine, 12 mai 1886, *Journ. cons. Hyp.*, 1886, p. 288).

L'hypothèque pourrait cependant, même encore aujourd'hui, être inscrite avant le terme fixé, si le débiteur avait, par son fait, diminué les sûretés résultant du contrat (art. 1188 C. civ.). Mais M. Persil dit, avec raison suivant nous, que, pour agir régulièrement, le créancier devrait s'y faire autoriser par le tribunal, qu'autrement le conservateur, qui ne serait pas juge de la diminution des sûretés, pourrait se dispenser de faire l'inscription (t. I, p. 384, X).

b. Loi du 30 juin 1838. — La loi sur les aliénés précise les garanties hypothécaires dont peuvent être tenus les administrateurs provisoires nommés par le tribunal à des individus, non interdits, placés dans des établissements publics ou privés, et autorise le tribunal à fixer la nature et le chiffre de l'inscription à prendre.

La partie du projet de loi qui s'occupait de l'hypothèque à constituer sur les biens de l'administrateur provisoire judiciaire portait: « Les dispositions du Code civil relatives à l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs seront applicables aux administrateurs désignés par le tribunal. » La Chambre des Députés

repoussa une disposition qui faisait de cette hypothèque une garantie encore plus occulte que les hypothèques judiciaires ordinaires, puisqu'elle résultait d'une nomination réalisée sans publicité. La Chambre des Pairs fit adopter les dispositions qui se trouvent actuellement dans l'art. 34-2° : « Sur la demande des parties intéressées, ou sur celle du procureur du roi, le jugement qui nommera l'administrateur provisoire pourra, en même temps, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par ledit jugement ».

— « Le problème, disait M. Vivien, consistait à trouver une garantie qui n'eût pas les inconvénients de l'hypothèque légale. C'est ce qu'a très bien fait, à notre avis, le projet nouveau. Il n'établit d'hypothèque sur les biens de l'administrateur, que quand le jugement l'a expressément constituée.

L'hypothèque peut être générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une certaine somme; elle doit être inscrite; aussi les juges seront appelés à apprécier les circonstances; l'hypothèque ne sera autorisée que quand elle paraîtra nécessaire, et en aucun cas elle ne pourra valoir sans inscription. » (*Moniteur* 6 juin 1838, p. 1554).

Mais ici se pose une question controversée : Si le tribunal, en même temps qu'il nomme l'administrateur provisoire, n'a pas constitué d'hypothèque sur

ses biens, pourra-t-il la constituer ensuite? sa décision entraîne-t-elle sur ce point force de chose jugée?

M. Demolombe admet que si elle a statué sur la question de l'hypothèque, la Chambre du Conseil est liée par la décision qu'elle a prise.

Nous ne pouvons admettre cette manière de voir. L'autorité de la chose jugée ne s'opposerait sans doute pas, dirons-nous avec MM. Aubry et Rau, à l'établissement, par un jugement ultérieur, d'une hypothèque qui n'avait été ni demandée, ni refusée, lors du jugement de nomination de l'administrateur provisoire. Mais il ne convient pas d'aggraver après coup la position de cet administrateur, en le soumettant à une hypothèque qui ne lui aurait pas été imposée par l'acte même de sa nomination. De plus, le texte même de la loi porte: « Le jugement qui nommera l'administrateur provisoire pourra, *en même temps*, constituer sur ses biens une hypothèque ». Ce texte nous semble trop précis pour qu'il soit permis de s'en écarter (Aubry et Rau, t. I, § 127 *bis*, p. 534, note 26).

L'art. 34 de la loi de 1838 dit que l'hypothèque pourra être constituée sur la demande des parties intéressées, et du procureur de la République. Ce droit attribué au ministère public de faire inscrire l'hypothèque créée par le tribunal sur les biens de l'administrateur, n'est pas exclusif d'un droit

semblable chez les personnes qui ont pu, comme le procureur, en réclamer la constitution. L'art. 2139 du Code civil, qui permet aux parents et aux amis du mineur de requérir l'inscription sur les biens du tuteur, lorsque ni ce dernier, ni le subrogé tuteur, ni le procureur de la République, ne remplissent le vœu de la loi à ce sujet, doit être, selon nous, étendu, par analogie, au cas qui nous occupe en ce moment (1).

c Faillite. — D'après l'art. 490, § 3, du Code de commerce, les syndics sont tenus de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli. Quelle est d'abord l'utilité de cette hypothèque? Quelle en est même la nature?

Remarquons tout de suite que le droit résultant de l'art. 490, qu'on a nommé *l'hypothèque énigmatique* de l'art. 490, n'a pas pour effet de donner, à celui qui en devient titulaire, un droit, une préférence qui n'appartienne pas à tous les créanciers, puisque cette faveur est accordée à tous les créanciers de la faillite; on ne peut soutenir davantage que ce droit puisse servir contre de nouveaux créanciers du failli, puisque celui-ci, étant dessaisi, ne peut contracter de nouvelles dettes au préjudice de la masse.

Quelques auteurs ont prétendu qu'il ne s'agissait

1. Aubry et Rau, t. I, § 127 *bis*, p. 534; Demolombe, t. VIII, p. 825

pas là d'une véritable hypothèque, et que l'inscription dont parle l'art. 490 n'aurait d'autre but que de rendre plus notoire l'état de faillite (1).

Il nous semble certain que cette opinion est inexacte. L'article 490, en effet, parle d'une inscription; or on n'inscrit que les privilèges ou les hypothèques! De plus, l'art. 517 dispose que l'homologation du concordat *conservera* à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'art. 490. Or l'inscription de l'art. 517 ne pourrait pas *conserver* l'hypothèque de l'art. 490, si celui-ci ne l'avait pas créée!

La jurisprudence est en ce sens (2).

D'ailleurs, cette hypothèque est utile dans plusieurs cas, quoi qu'on en ait dit. Par exemple, si, par un concordat, le failli est remis à la tête de ses affaires, il cesse d'être dessaisi, il peut contracter, aliéner, hypothéquer, et, dans ce cas, l'hypothèque des créanciers de la masse leur sera utile pour garantir le paiement des sommes que le failli doit payer dans les délais fixés par le concordat. La transcription du jugement d'homologation n'a d'autre but que de renouveler l'inscription de cette hypothèque.

1. Pont, *Priv. et Hyp.* t. II, p. 325; Bédarride, *Faillite*, t. II, n° 416; Troplong, *Priv. et Hyp.* n° 655 bis; *Sic* : Cass., 22 juin 1841, Sirey, 41, 34, 72.

2. Cass., 29 décembre 1858, Sirey, 59, 1, 209; Cass., 5 août 1869, Sirey, 69, 1, 393

Ainsi encore, l'inscription prise en vertu de l'art. 490-3° dispense les créanciers qui font partie de la masse, de la nécessité d'obtenir un jugement nouveau qui puisse engendrer hypothèque, et il a été jugé avec raison que lorsque les créanciers cessent d'être en état d'union, et pour conserver leurs droits à ce moment, ils n'ont pas besoin de poursuivre individuellement le failli et de prendre successivement des inscriptions d'hypothèques judiciaires (Dijon, 5 août 1862, Sirey, 62, 2, 244).

Nous ajouterons que cette hypothèque doit être appelée judiciaire, et non légale comme on l'a prétendu, parce qu'elle résulte d'un acte judiciaire, ou, si l'on préfère, d'un jugement qui ne prononce pas, à proprement parler, une condamnation (1).

L'inscription prise par le syndic produit, tant qu'elle dure, tous les effets attachés à l'hypothèque judiciaire au profit de chacun des créanciers, même après la clôture de la faillite ou la dissolution de l'union (Dijon, 5 août 1862, *Journ. Trib. Comm.*, 1863, p. 342).

Par suite de la transcription du jugement d'homologation, l'hypothèque judiciaire acquise collectivement à la masse se trouve convertie en autant d'hypothèques individuelles qu'il y a de créanciers figurant dans cette masse. D'où cette conséquence

1. En ce sens, Cass., 29 décembre 1858, Sirey, 59, 1.209; Dijon, 5 août 1862, Sirey, 62, 2, 244.

que l'hypothèque judiciaire de chaque créancier suit le sort de la créance de celui-ci, qui doit désormais, s'il veut la conserver, veiller lui-même à son renouvellement. Cette hypothèque, d'ailleurs, prend rang à l'époque où le syndic l'a inscrite conformément à l'art. 490. — Enfin, si le syndic ne faisait pas transcrire, aux termes de l'art. 517, le jugement d'homologation du concordat, nous admettrons que chaque créancier pourrait prendre l'initiative de cette transcription, en vertu de ce principe que le mandant doit avoir au moins autant de pouvoirs que le mandataire, ici le syndic.

— SENTENCES ARBITRALES. — « Les décisions arbitrales, dit le troisième alinéa de l'art. 2123, n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. » Là, encore, le Code n'a fait que reproduire un principe universellement admis dans notre ancienne jurisprudence. — Cette règle, en effet, était déjà reconnue dans notre ancien droit: « La sentence arbitrale, dit Despeisses (3^e partie, section 3, n^o 12), n'a pas exécution parée sinon après qu'elle a été autorisée par le juge, et alors elle est exécutée d'autorité du juge ordinaire qui l'a autorisée. Parce que, dit le même jurisconsulte, les arbitres n'ayant pas puissance de juger par l'autorité du prince, mais par la seule autorité des parties plaidantes, leur

sentence est un acte privé jusqu'à ce qu'elle ait été autorisée. »

Cette théorie, conservée par le droit intermédiaire, fut reproduite de même par le Code de procédure (art. 2020 et 2021), et par le Code de commerce (art. 61).

Ainsi pour que la force exécutoire et l'hypothèque s'attachent aux décisions arbitrales, une ordonnance accordée par le président du tribunal de première instance (ou, dans le cas de l'art 1020 § 2 du Code de procédure, par le président de la cour d'appel) est actuellement nécessaire, sur la minute de l'acte. Cette formalité d'ailleurs n'est qu'une simple déférence envers les juges. Remarquons que depuis la loi du 23 juillet 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé, l'art. 2123-3° ne s'applique plus désormais qu'à l'arbitrage volontaire. En sorte que l'hypothèque naît du jour de l'ordonnance d'exécution rendue, suivant les cas énoncés par l'art 1020 du Code de procédure, soit par le président de la Cour d'appel, soit par celui du tribunal de première instance (1).

— CONTRAINTES ADMINISTRATIVES. — On est unanime à reconnaître que les actes émanés des autorités administratives dans les limites respectives de

1. Comp. Persil, t. I, p. 388, XV; Pont. *Priv. et Hyp.*, n° 587; Troplong, n° 449; Dalloz, *rép. v° Priv. et Hyp.*, n° 1155.

leurs attributions, emportent hypothèque judiciaire. Il en est ainsi, notamment, des arrêts rendus par le Conseil d'Etat statuant au contentieux ; des arrêtés rendus par les conseils de préfecture ; des décisions de la Cour des Comptes ; des arrêtés des ministres à l'égard des comptables, et enfin des arrêtés des préfets destinés à fixer les débits des comptables, des communes et des établissements publics (1). Mais la question est très débattue relativement aux contraintes décernées par les administrations publiques.

On appelle contraintes administratives les mandements que certains agents de l'administration sont autorisés à décerner, en vertu de lois particulières, contre les redevables de droits fiscaux ou de deniers publics. Doit-on, dans ces circonstances, décider que de semblables contraintes ainsi décernées, emportent hypothèque judiciaire sur les biens de ces redevables ? Le 16 thermidor an XII, le Conseil d'Etat rendit, sur cette question, un avis approuvé le 25 du même mois : « Le conseil d'Etat, après avoir entendu le rapport des sections de législation et des finances, sur le renvoi qui leur a été fait de celui du Trésor public, présentant la question de savoir si le paragraphe 2 de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire, et

1. Voir Troplong, n° 447 ; Persil, t. I, p. 401, XXV ; Pont, n° 580 . Rouen, 22 mai 1818 ; Paris, 6 mars 1830.

l'art. 2123 du Code civil des Français, qui accordent l'hypothèque aux condamnations judiciaires, à la charge d'inscription, s'appliquent aux actes émanés de l'autorité administrative; considérant que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer des condamnations ou de décerner des contraintes, sont de véritables juges dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires; et que ces actes ne peuvent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ordinaires, sans troubler l'indépendance de l'autorité administrative, garantie par les constitutions de l'Empire Français; — est d'avis que les condamnations, les contraintes émanées des administrateurs, dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire..... »

L'avis du 25 thermidor n'ayant pas été inséré au Bulletin des lois, le Conseil d'Etat demanda cette insertion par un nouvel avis du 29 octobre 1811, approuvé le 12 novembre suivant. Malgré ces dispositions législatives, on est loin de s'entendre sur la solution à donner à la question qui nous occupe. Et si l'on paraît généralement d'accord pour faire produire l'effet des jugements aux contraintes décernées, soit par l'administration des douanes, soit par

l'administration des contributions indirectes (Lyon 7 août 1829; 14 et 20 avril 1813, Championnière et Rigaut, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 4016), il n'en est pas de même relativement aux contraintes décernées par l'administration de l'enregistrement.

Dans une première opinion, on invoque en faveur de l'existence de l'hypothèque, les avis du Conseil d'État que nous avons rapportés plus haut (1).

L'opinion contraire nous semble préférable. En effet, les avis précités du Conseil d'État ne s'appliquaient, dit-on, qu'aux contraintes décernées par l'administration des douanes. En second lieu, ajoute-t-on, les contraintes décernées par les receveurs de l'enregistrement sont si peu un jugement, même après avoir été rendues exécutoires par le juge de paix, qu'une simple opposition suffit pour mettre cet acte en litige devant les tribunaux ordinaires. « Considérant, dit la Cour de cassation dans son arrêt du 28 janvier 1828, que la régie ne cite aucune loi qui attache ce droit d'hypothèque aux contraintes décernées par ses receveurs ; — que l'avis du Conseil d'État du 16 thermidor an XII ne s'applique qu'aux contraintes que les administrateurs ont le droit de décerner en qualité de juges, et sans que ces actes puissent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ; que l'avis du Conseil d'État du

1. En ce sens : MM. Pont, t. I, n° 582; Serrigny, *Revue historique*, t. IX, p. 154; Duranton, t. XIX, n° 334.

29 octobre 1811 ne dispose qu'en faveur de la régie des douanes et pour le cas où l'art. 13 de la loi du 22 août 1791 lui donne d'ailleurs hypothèque sur les biens des redevables ; d'où il suit que la régie de l'enregistrement ne peut exciper d'aucun de ces avis,... rejette..... »

Cette dernière opinion est, avec raison, d'après nous, la plus généralement adoptée (1).

— JUGEMENTS ÉTRANGERS. — Deux effets, hypothèque judiciaire et exécution parée, résultant des décisions des magistrats français, ne découlent pas des jugements étrangers avant que ceux-ci aient été rendus exécutoires.

Si on comprend facilement qu'aucune saisie ne puisse avoir lieu en France, en vertu d'un jugement étranger, on admet plus difficilement que l'idée de l'hypothèque se trouve mêlée à celle d'exécution forcée. L'ancienne jurisprudence avait pris l'habitude de confondre ces deux idées ; telle est l'explication de cette singularité.

En ce qui touche les jugements rendus en pays étrangers, les termes généraux de la disposition finale de l'art. 2128 trouvent leur interprétation dans l'art. 546 du Code de procédure civile : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et

1. En ce sens : MM. Troplong, n° 447 ; Persil, t. I, p. 402, XXVII ; Dalloz, *Rép. v° Priv. et Hyp.*, n° 1110.

les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 du Code civil. »

L'art. 2123 dispose que l'hypothèque judiciaire ne peut résulter des jugements rendus en pays étrangers, qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent se trouver dans les lois politiques ou dans les traités.

Avant de nous demander en quoi doit consister cette révision, il nous faut rechercher quelles sont les décisions rendues par les tribunaux étrangers qui ont le caractère de jugements rendus en pays étranger.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que les décisions émanées de nos consuls à l'étranger n'ont pas ce caractère (1).

En effet, comme le dit Grenier, « ce n'est point le lieu où l'acte est passé qui doit être considéré, c'est la capacité de l'officier qui en est le ministre »; les décisions rendues par nos consuls émanent d'officiers français, elles doivent être assimilées à celles rendues en France.

C'était déjà l'opinion de d'Héricourt (*Vente d'immeubles*, ch. XI, sect. 2, n° 30). Il en est ainsi, à plus forte raison, des jugements émanés des

1. Troplong, n° 452; Persil, t. I, p. 401, XXIV; Grenier, t. I, n° 212; Dalloz, *Rép. Priv. et Hyp.*, n° 1170.

tribunaux des colonies françaises : il n'y a plus qu'à les faire enregistrer en France (1).

Nous croyons, inversement, que le principe posé par l'art. 2123 ne recevrait pas exception dans le cas où deux Etats seraient gouvernés par le même souverain. C'est ce qui a été décidé, pour les jugements rendus par les tribunaux de l'ancien royaume d'Italie, par la Cour de cassation, le 27 juillet 1812 (*Dict. not.*, v° *Hyp.*, n° 347.) Remarquons enfin que le droit de faire reviser en France le jugement étranger est donné aussi bien à l'étranger qu'au Français (Cass., 19 avril 1819, *Journal des notaires*, art. 3043).

On a toujours admis qu'un souverain ne peut faire acte de juridiction que dans les limites de son territoire, c'est-à-dire qu'il ne peut rendre exécutoires ailleurs que dans ses Etats, les jugements émanés de ses tribunaux (2).

D'autre part, les art. 2123 Code civ. et 546, Code proc., indiquent les formalités à remplir pour que ces jugements deviennent exécutoires. Sur la portée de ces textes, il existe, tant en doctrine qu'en jurisprudence, des divergences graves dont il faut maintenant parler.

Quelle est exactement la mission du tribunal

1. Cependant voyez ce que nous avons dit des tribunaux musulmans d'Algérie, p. 80.

2. Aubryet Rau, t. VIII, § 789 *ter*; Moreau, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, p. 2 et 235.

français quand il est appelé à rendre exécutoire une sentence étrangère ?

Dans une première opinion, on fait la distinction suivante : Les jugements étrangers n'ont autorité de chose jugée en France, que s'ils sont rendus entre étrangers ou contre un étranger au profit d'un Français : dans ce cas, le tribunal donnera, au moyen d'un *exequatur*, la force exécutoire à un tel jugement ; mais il ne pourra pas le reviser, pourvu que la sentence rendue ne soit pas contraire à l'ordre public. Quant aux jugements étrangers rendus contre des Français, l'autorité de la chose jugée doit leur être refusée, en ce sens qu'ils pourront être révisés, et que l'affaire sera, une seconde fois, jugée au fond (1).

Ce système invoque tout d'abord l'autorité de l'ancien droit. En effet, l'art. 121 de l'ordonnance de 1627, œuvre de Michel de Marillac, dispose de la façon suivante : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçus ès-royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume ; mais tiendront les contrats lieu de simples promesses ; et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus pourront de nouveau

1. Ce système est admis par MM. Valette, *Mélanges de droit et de jurisprudence*, p. 351 ; Massé, *Dr. comm.*, t. II, n° 305 et suiv. ; Duranton, XIX, n° 342 ; Demangeat, *Droit intern. privé*, t. II, p. 83 ; Griollet, *De l'autorité de la chose jugée*, p. 93.

débattre leurs droits tout entiers par devant nos officiers. »

« C'est une maxime hors de controverse, avait déjà dit Brodeau, que les sentences et les jugements souverains donnés hors le royaume par juges étrangers ne peuvent être exécutés sur biens en France quand même on aurait obtenu le *pareatis* et la commission du juge royal du domicile ; ainsi, il faut se pourvoir par nouvelle action par devant lui » (Brodeau, sur l'art. 165 de la coutume de Paris, t. II, p. 290).

On prétend que l'art. 2123 Code civ. n'a pas dérogé à cette règle, que la loi du 30 ventôse an XII n'aurait pas abrogée, puisque cette abrogation des anciennes ordonnances ne vise que les matières qui sont l'objet des dispositions du Code civil. On peut ajouter que c'était l'opinion de Malleville (*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. IV, p. 269), et qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 7 janvier 1806 (Sirey, 1806, 1, 135.), fait une application de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 (1).

Un deuxième système exige, dans tous les cas, la revision de la sentence étrangère, même au point de vue de l'intérêt privé des parties.

Tout d'abord, le Code Michaud ne fut pas enre-

1. V. de même Angers, 4 juillet 1866, Sirey, 66, 2, 300; Paris, 23 février 1866, Sirey, 66, 2, 300.

gistré dans toutes les provinces. Seuls les parlements de Toulouse, de Grenoble, de Bordeaux et de Normandie consentirent à enregistrer l'ordonnance de 1629. Quant au parlement de Dijon, il ne l'admit qu'avec cette mention que l'art. 121 « n'aurait pas lieu dans cette province (Bouhier, *Œuvres de jurisprudence*, édition 1788, t. II, ch. 53, p. 379).

En second lieu, nous pensons que, l'ordonnance du chancelier de Marillac eût-elle été enregistrée par tous les parlements du royaume, elle n'en doit pas moins être considérée comme abrogée. Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à relire l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII et l'art. 1041 du Code de procédure : « Nous croyons pour notre part, dirons-nous avec M. Demolombe, que le système de l'ordonnance ne saurait plus être admis » (Demolombe, t. I^{er}, § 263, p. 521).

Ces considérations générales une fois exposées, le second système qui est celui de la Cour de cassation, est ainsi résumé, dans ses effets, par M. Bonfils, qui lui est d'ailleurs contraire : « Dans l'intérêt des parties, le tribunal français doit opérer cette revision avant d'ordonner l'exécution, dans tous les cas ; que la sentence étrangère soit favorable ou défavorable au Français, que le litige se soit élevé seulement entre étrangers, dans tous les cas le pouvoir, des juges français est identique : ils ne

peuvent être liés par la juridiction étrangère ; celle-ci n'a jamais, dans aucune hypothèse, l'autorité de la chose jugée : elle est sans force et sans vertu. » (Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 223.)

Pour justifier son opinion, la jurisprudence argumente d'abord et surtout du texte même de l'art. 2123 : l'*exequatur*, dit cet article, sera accordé par le tribunal *entier*. Or, dit-on, la fonction d'un tribunal est de rendre des décisions, et non d'enregistrer passivement des décisions antérieurement rendues. S'il ne s'agissait que de joindre un simple visa à la sentence étrangère, une simple ordonnance suffirait, comme dans le cas des sentences arbitrales.

On ajoute que, d'une façon générale, la loi n'a jamais limité le pouvoir d'appréciation du juge, qui ne peut se résigner à enregistrer une décision qu'il considère comme contraire à la justice et à la vérité. De plus, il faut tenir compte, ici, du grand principe de la souveraineté nationale : il faut admettre comme règle immuable l'indépendance respective des Etats (1).

1. En ce sens : Rennes, 20 août 1806, Sirey, 15, 1, 369 ; Toulouse, 27 décembre 1819, Sirey, 20, 2, 312 ; Grenoble, 3 janvier 1829, Sirey, 29, 2, 176 ; Cass., 28 décembre 1831, Sirey, 32, 1, 627 ; Paris, 17 mai 1836, Sirey, 36, 2, 309 ; Cass., 22 juin 1843, Sirey, 43, 2, 345 ; Cass., 27 décembre 1852, Sirey, 53, 1, 94 ; *Id.* 11 décembre 1860, Sirey, 61, 1, 336 ; Colmar, 10 février 1864, Sirey, 64, 2, 122 ; Pau, 6 janvier 1868, Sirey, 68, 2, 100 ; Toulouse, 29 janvier 1872, Sirey, 73, 2, 18 ; Cass.,

Des auteurs considérables ont admis le système de la jurisprudence (1).

Le troisième système, auquel nous nous rallions, reconnaît aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée; l'*exequatur* n'est nécessaire que lorsqu'on veut recourir à des moyens d'exécution; il doit être accordé sans revision au fond.

Enserangeant à la seconde opinion, M. Demolombe (*loc cit.*) ajoute: « Ce système me paraît, je l'avoue, moins conforme aux textes que celui de la non-revision qui, sur ce terrain, est en effet bien redoutable. » Démontrons cette proposition, en réfutant les arguments dont se servent les défenseurs de ce second système.

L'art. 2123, dit-on tout d'abord, veut que l'*exequatur* soit donné par le tribunal entier, d'où l'on conclut que, si le législateur n'avait pas entendu exiger la revision, il eût simplement commis le président du tribunal, comme il l'a fait pour les sentences arbitrales. Nous répondons qu'on ne saurait établir d'analogie entre les décisions arbitrales et les jugements étrangers qui, sans être

16 juin 1875, Sirey, 76, 1, 213; Rennes, 26 décembre 1879, Sirey, 81, 2, 81; Rouen, 20 avril 1880, Sirey, 82, 2, 33; Cass., 28 juin 1881, Sirey, 82, 1, 33; Cass., 21 août 1882, Sirey, 84, 1, 425.

1. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. IX, sur l'art. 2123, p. 174; Berriat Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, sur l'art. 2123, t. III, p. 666; Demolombe, t. 1^{er}, § 262, p. 424; Boncenne, *Procédure civile*, t. III, p. 236; Grenier, *Hypothèques*, t. 1^{er}, n° 208; Larombière, *Obligations*, t. VII, sur l'art. 1351, § 6; Toullier, t. X, § 76 et suiv.; Troplong, t. II, § 451.

revisés au fond, nécessitent des connaissances spéciales de procédure étrangère, un examen souvent délicat des questions de compétence : il vaut donc mieux, pour ces jugements, avoir recours aux lumières du tribunal tout entier.

De plus, si les rédacteurs du Code avaient voulu refuser aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, ils l'eussent dit d'une manière expresse, et c'est ce qu'ils n'ont point fait (1).

La mission du juge français doit donc se borner à vérifier si les conditions extrinsèques de ces jugements ont été remplies.

Le Code de Procédure civile, art. 546, ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard ; on y voit qu'il assimile les jugements étrangers *aux actes des officiers étrangers*, et il exige, pour les uns et les autres, que le tribunal français les revête de la formule exécutoire, pour qu'ils puissent être exécutés en France : or les actes reçus par des notaires étrangers sont considérés comme ayant la même valeur intrinsèque que ceux passés devant un notaire français.

On peut ajouter que, dans l'art 2123 lui-même, le mot « *pareillement* », qui rapproche les jugements étrangers des sentences arbitrales, et qui, quant à la forme, tend à créer ici une analogie, combat

1. Comp. les art. 14, 726 et 912 du Code civil, ces deux derniers abrogés par la loi du 14 juillet 1819.

victorieusement, à lui seul, le système de la revision.

Enfin, après avoir tiré un argument d'analogie de de l'art. 5, § 3, du Code d'instruction criminelle, nous ajouterons que la revision serait très dange-reuse pour les étrangers, et que, d'autre part, elle aurait pour résultat d'enlever aux Français tout crédit en pays étranger (1).

De nombreux auteurs se sont ralliés à ce sys-tème (2).

En résumé, d'après nous, pour produire l'hypo-thèque judiciaire, le jugement étranger n'aura pas besoin d'être révisé ; il suffira que le tribunal fran-çais, saisi d'une demande d'*exequatur* reconnaisse : 1° que le jugement émane d'une juridiction compé-tente d'après la loi du pays où il a été rendu ; 2° que ce jugement est régulier en la forme ; 3° qu'il ne contient rien de contraire à l'ordre pu-blic ; 4° que les droits de la défense ont été res-pectés.

En ce sens il a été décidé que les tribunaux français, appelés à déclarer exécutoire un juge-

1. En ce sens : Cass., 27 août 1812, Sirey, 13, 1, 226 ; Paris, 7 jan-vier 1833, Sirey, 33, 2, 145 ; Paris, 23 février 1866, Sirey, 66, 2, 300 ; Paris, 8 août 1866, Sirey, 67, 2, 101 ; Angers, 4 juillet 1866, Sirey, 66, 2, 300 ; Paris, 2 mars 1868, Sirey, 68, 2, 312 ; Trib. Seine, 28 novembre 1868, Sirey, 69, 2, 144 ; Montpellier, 17 décembre 1869, Sirey, 70, 2, 75 ; Trib. Seine, 6 juillet 1871, *le Droit* du 11 octobre 1871.

2. Beausseant, *Code maritime*, t. II, § 1045 ; Boitard, *Leçons de pro-cédure*, t. II, p. 175 à 181 ; Bonfils, *De la compétence des tribunaux fran-çais à l'égard des étrangers*, p. 228 et suiv. ; Labbé, Sirey, 65, 2, 60 ; Massé, *Droit commercial*, t. II, § 800 et suiv., M. Renault, *à son cours*.

ment émané d'une juridiction étrangère, n'ont pas à reviser en entier et au fond, au point de vue de l'intérêt privé, la sentence qui leur est soumise; ils doivent se borner à vérifier si l'acte qu'on leur présente réunit les conditions nécessaires pour constituer un jugement valable dans le lieu où il est rendu, s'il est passé en force de chose jugée, ou s'il n'est contraire à aucune loi d'ordre public en France (Paris, 23 février 1866, Sirey, 66, 2, 300).

Quant à la question de savoir quel est le tribunal compétent pour statuer en France sur une demande d'*exequatur*, nous déciderons tout d'abord que le tribunal civil français est compétent si le jugement étranger a été rendu en matière civile. De même, pour ce qui est des décisions émanées d'une juridiction consulaire. Puisque nous avons considéré l'*exequatur* comme une simple formalité, la compétence exclusive des tribunaux civils nous semble encore certaine. La jurisprudence admet, en général, cette compétence exclusive (1).

Mais quelques décisions ont déclaré compétents les tribunaux de commerce; mentionnons en ce sens un arrêt de la cour de Colmar du 17 juin 1847, Sirey, 48, 2, 270.

La demande tendant à faire déclarer exécutoire

1. Chambéry, 12 février 1869, Sirey, 70, 2, 9; Bordeaux, 16 décembre 1867, Sirey, 68, 2, 147.

en France un jugement rendu en pays étranger contre un Français, doit être intentée dans la forme ordinaire, par assignation à la partie adverse, et portée à l'audience publique; elle ne peut être formée par simple requête non signifiée et soumise aux juges en la chambre du conseil, sans débat public. Et il en est ainsi, alors même qu'il s'agirait de jugements qui, d'après les traités internationaux existants, ne seraient pas soumis à revision au fond pour leur exécution, mais seulement à l'examen de certaines conditions déterminées (Cass. 30 janvier 1867, Sirey, 1867, 1, 117).

— « Comme il s'agit d'une simple garantie, toujours moins grave qu'un acte d'exécution, il serait peut-être bon d'admettre, à titre de mesure conservatoire, l'inscription provisoire de l'hypothèque résultant du jugement étranger; seulement, pour éviter un abus, il faudrait exiger, à cet effet, l'autorisation d'un magistrat ou même d'un tribunal entier, qui se bornerait à vérifier la régularité apparente de l'acte, le tout à la charge pour le créancier d'obtenir, dans un certain délai, un *exequatur* définitif » (Valette, *Revue du droit français et étranger*, 1849, p. 599).

— EXCEPTIONS dont parle l'art. 2128 : lois politiques..., traités internationaux. — Les lois politiques auxquelles renvoie l'art. 2123 sont fort peu

nombreuses, puisqu'on n'en peut citer qu'une, celle du 21 avril 1832, sur la navigation du Rhin (Collection Duvergier, 1832, p. 214), dont l'art. 5 dispose que « les jugements prononcés par les juges des droits de navigation du Rhin résidant sur un territoire étranger, seront exécutoires sur le territoire français, sans nouvelle instruction, dès qu'ils seront passés en force de chose jugée, et, à cet effet, ils seront rendus exécutoires par le tribunal civil de Strasbourg ». Depuis que la France n'est plus riveraine du Rhin, cette loi n'est plus en vigueur.

Quant aux traités, on peut en citer plusieurs.

A. Traité d'Aarau entre la France et la Suisse.

— Ce traité, conclu le 1^{er} juin 1658, a été renouvelé et complété par trois autres traités signés à Soleure le 28 mai 1778, le 27 septembre 1803, le 18 juillet 1828. Les jugements définitifs en matière civile, ayant force de chose jugée, et rendus dans l'un des deux pays contractants, possèdent dans l'autre *la force hypothécaire* et la force exécutoire (De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. X, p. 289).

Depuis, le 15 juin 1859, une convention nouvelle est intervenue entre la France et la Suisse. D'après l'art. 17, le juge ne doit examiner l'affaire au fond, et refuser l'exécution que : 1° si la décision émane d'une juridiction incompétente; 2° si elle a été rendue sans que les parties aient été dûment citées ou représentées ou défaillantes; 3° si la dé-

cision est contraire à l'ordre public. Aux termes de l'art. 16, l'hypothèque judiciaire pourra être prise en France, lorsque le tribunal, réuni en la chambre du conseil, aura reconnu que le jugement du tribunal suisse remplit les conditions exigées par la convention nouvelle.

B. Traité entre la France et la Sardaigne, 24 mars 1798. — Ce traité a pour effet de créer, presque exactement, entre l'Italie et la France, la situation juridique qui, d'après nous, doit, au point de vue qui nous occupe, être celle de tous les jugements étrangers. Voir le troisième système que nous avons exposé (De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. VIII, p. 80).

Une déclaration interprétative du 1^{er} septembre 1860 dispose que les Cours, en déférant aux demandes d'exécution des jugements rendus dans chacun des deux Etats, doivent seulement examiner : « 1° si la décision émane d'une juridiction compétente ; 2° si elle a été rendue, les parties dûment citées et légalement représentées ou défaillantes ; 3° si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son exécution. »

C. Traité conclu avec le Grand-Duché de Bade, le 16 avril 1846. — Aux termes de ce traité, les jugements ou arrêts rendus en matière civile et

commerciale par les tribunaux compétents de l'un des deux Etats emportent hypothèque dans l'autre, et sont exécutoires s'ils ont acquis force de chose jugée (De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. V, p. 448; et Martens, *Nouveau recueil général*, t. XX, p. 847).

Ce traité est actuellement fort important puisque, aux termes de l'art. 18 de la convention (11 décembre 1871) additionnelle au traité de paix de Francfort (10 mai 1871), c'est lui qui règle au point de vue de l'exécution des jugements, les rapports de l'Alsace-Lorraine et de la France.

CHAPITRE DEUXIÈME

BIENS SUR LESQUELS PORTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Dans notre ancienne jurisprudence, toute hypothèque frappait, de plein droit, l'ensemble des biens du débiteur. Cette règle s'appliquait à l'hypothèque judiciaire : il n'y avait aucun motif de faire ici exception à ce principe.

Tout au contraire, la loi du 11 brumaire an VII, dans son art. 4, décida que l'hypothèque judiciaire ne porterait plus désormais que sur les biens appartenant au débiteur, au moment même du jugement : ainsi, *dans une sage mesure*, le principe de la spécialité de l'hypothèque se trouvait appliqué, bien qu'une semblable disposition ne soit pas à l'abri de toute critique. C'est ainsi, par exemple, que, quoique restreinte aux biens présents, l'hypothèque pouvait avoir une importance beaucoup trop considérable, étant donnée l'importance de la dette ; d'autre part, limitée aux biens présents, elle pouvait n'être, au créancier, d'aucune utilité appréciable.

Quoi qu'il en soit, l'art. 2123 du Code civil a rendu

à l'hypothèque judiciaire toute son extension primitive : elle est générale ; elle frappe tous les immeubles présents ou à venir du débiteur. Elle comprendra donc toutes les donations, successions, acquisitions immobilières faites à titre quelconque, sans que jamais elle puisse être diminuée par une aliénation consentie par le débiteur.

Cependant, quelque simple que ce principe puisse paraître, des difficultés ont été soulevées à son sujet. Il est certain, tout d'abord, que l'immeuble vendu avec faculté de rachat sera frappé de l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation prononcé contre le vendeur postérieurement à la vente ; mais remarquons que l'existence de l'hypothèque est, dans ce cas, subordonnée à l'exercice du droit de réméré.

De même, au cas d'échange, l'hypothèque vient frapper l'immeuble acquis en contre-échange, tout en continuant à peser sur l'immeuble échangé.

Malgré quelques divergences, ces points ne sont pas douteux ; mais des controverses beaucoup plus vives s'élèvent relativement à des questions importantes dont nous allons de suite aborder l'examen.

1^{re} Question. L'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement obtenu contre une femme mariée sous le régime dotal grève-t-elle ses immeubles dotaux ? (1).

1. V. Labbé, *Revue critique de législation*, t. IX, p. 1 : M. Bertauld, *Questions du Code Napoléon*, t. I, p. 517 ; Marcadé, t. VI, p. 74, 6^e édition.

Au fond, la question revient à se demander si les jugements rendus contre une femme dotale sont exécutoires sur ses biens dotaux. Nous distinguerons plusieurs hypothèses.

a. La condamnation est relative à une dette ayant date certaine antérieure au mariage.— Il faut faire ici une sous-distinction : 1° *La dot a été constituée par la femme elle-même.*— Nous admettrons alors que les créanciers peuvent saisir les immeubles dotaux, *constante matrimonio*, c'est-à-dire que l'hypothèque judiciaire, dans l'espèce, frappe les immeubles dotaux. En effet, aux termes de l'art. 2092 du Code civil, les créanciers ont pour gage commun *tous* les biens présents et à venir de leur débiteur qui ne peut, en se constituant ses immeubles en dot, se soustraire ainsi aux poursuites de ses créanciers. Le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, quoi qu'en ait dit Marcadé (t. VI, p. 74, 6^e édition), ne peut être invoqué ici, car, d'après nous, le régime dotal n'a pas pour effet de mettre hors du commerce les immeubles dotaux, mais de créer, au profit de la femme, une incapacité protectrice. D'ailleurs, en se constituant ses immeubles en dot, la femme ne les aliène pas, elle ne cesse pas un instant d'en être propriétaire. Ajoutons pourtant un tempérament : l'hypothèque judiciaire ne porterait que sur la nue propriété des immeubles dotaux ; l'usufruit en appartient, en effet, au mari ;

2° *La dot a été constituée par un tiers.* — Dans ce cas, aucune hypothèque judiciaire ne pourra être prise par les créanciers personnels de la femme, car ici le principe général de l'art. 2092 ne saurait trouver son application : au moment, en effet, où l'immeuble est devenu la propriété de la femme dotale, il a été frappé d'inaliénabilité, et aucune hypothèque n'a été possible, ainsi que le constituant l'a évidemment voulu.

b. La dette qui a motivé la condamnation a été contractée pendant le mariage. — Les immeubles dotaux alors ne seront pas grevés de l'hypothèque judiciaire, car le fonds est inaliénable ; l'hypothèque étant une aliénation partielle, ce fonds ne peut être hypothéqué. D'ailleurs, si on n'adoptait pas cette solution, on serait conduit à décider que le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal est illusoire, puisque la femme pourrait l'anéantir en prenant des engagements qu'elle se garderait d'accomplir ensuite.

De même, lors de la dissolution du mariage, les créanciers ne pourront inscrire leur hypothèque judiciaire, car, pendant le mariage, la femme ne peut s'obliger que sur ses paraphernaux ou sur ceux de ses biens à venir qui ne seront pas frappés de dotalité ; la femme pourra donc invoquer l'incapacité spéciale que la loi crée à son profit.

Notons cependant, bien que l'hypothèse soit un peu différente, qu'il a été décidé que le jugement de

condamnation rendu contre une femme veuve emporte hypothèque, même sur ceux de ses biens qui étaient, pendant son mariage, affectés du caractère de dotalité, et cela encore que l'obligation, cause de ce jugement, ait été souscrite par la femme pendant son mariage (Riom, 2 juin 1840, Sirey, 40, 2, 298).

2^e Question. — *L'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement prononcé contre le mari frappe-t-elle les conquêts de communauté, de telle sorte qu'elle les suive dans le lot échu à la femme par le partage?* (1).

Dans notre ancien droit, Pothier distinguait, relativement à cette question, entre la condamnation survenue pendant la durée de la communauté et la condamnation survenue avant le mariage. L'hypothèque qui résulte de la première de ces condamnations frappe certainement tous les immeubles, conquêts de la communauté, et les suit entre les mains de la femme, celle-ci, par l'acceptation de la communauté, approuvant tout ce que, pendant le mariage, a pu faire le mari. Sur ce point, les auteurs sont presque tous d'accord.

Mais supposons maintenant que la condamnation

1. Sur cette question, V. Pothier, édition Bugnet, *Traité de la communauté*, nos 752, 753 et suiv. ; Lebrun, *Communauté*, liv. 2, chap. III, sect. 3, p. 284 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, 3^e partie, p. 563 ; Persil, *Questions sur les priv. et hyp.*, t. 1^{er}, p. 232 ; Troplong, *Contrat de mariage*, n^o 1676 ; Pont, n^o 593 ; Valette, *Mélanges*, t. 1^{er}, p. 396 ; Aubry et Rau, t. III, 4^e édition, p. 258.

prononcée contre le mari soit antérieure au mariage. Dans ce cas, nous pensons que l'hypothèque judiciaire ne grève pas les immeubles que le partage fera tomber, après la dissolution de la communauté, dans le lot de la femme. Nous nous rangeons absolument à l'avis de Pothier sur ce point (édition Bugnet, t. VII, p. 377, n° 753). « Le mari, dit le grand jurisconsulte, n'a pu hypothéquer la part de sa femme, n'y ayant que la qualité de chef de la communauté, qu'il n'avait pas encore, qui eût pu lui donner le droit de l'hypothéquer. On objectera qu'il suffit que le mari soit, depuis le contrat, devenu propriétaire de tous les conquêts de la communauté pour le total, pendant un temps, pour que tous les dits conquêts aient été, pour le total, frappés de l'hypothèque que le mari a constituée de tous ses biens présents et à venir. Or le mari est devenu, dans ces conditions, propriétaire pendant tout le temps de son mariage. Donc, tous les dits conquêts sont sujets à l'hypothèque, tant ceux échus à la femme que ceux restés au mari.

« La réponse est que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que n'en a le droit de propriété de celui qui l'a constituée et d'où elle dérive. Or le droit de propriété que celui qui a constitué cette hypothèque avait acquis de tous les conquêts de la communauté, était un droit qui était de nature à se restreindre, par la dissolution de la communauté, à

ceux qui lui écherraient par le partage. Donc le droit d'hypothèque qu'il a constitué sur les dits biens aux dits créanciers, doit pareillement se restreindre à la part des conquêts qui lui est restée en partage » (1).

3° Question. — *L'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation prononcé contre un débiteur s'étendra-t-elle aux immeubles personnels de son héritier pur et simple?*

L'affirmative a été soutenue : « L'héritier étant le continuateur de la personne du défunt et, pour ainsi dire, le défunt lui-même, il doit être tenu comme le défunt lui-même, c'est-à-dire avec hypothèque générale. Dès que la loi déclare les jugements obtenus contre le défunt exécutoires *de plano* contre les héritiers, elle veut donc que ces jugements aient contre eux les mêmes effets qu'ils devaient avoir contre le défunt ; or, un de ces effets était d'emporter une hypothèque générale... » (Delvincourt, t. II, p. 54, note 1).

Nous préférons la solution contraire qui était déjà admise en droit romain (Loi 29, Dig., *De pign. et hyp.*, XX, 1) et dans notre ancien droit : « Générale hypothèque de tous biens, disait Loysel, comprend les biens présents et à venir, et non ceux des

1. En ce sens : Delvincourt, t. III, p. 292, édition 1819 ; Aubry et Rau, 4^e édition, p. 258, § 265, notes 27 et suiv.

hoirs » (*Institutes coutumières*, liv. 3, tit. 7, règle 21).

On objecterait en vain que l'art. 877 du Code civil déclare que les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement, huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de celui-ci. On ne peut tirer de là cette conséquence qu'il a entendu abroger, relativement à l'hypothèque judiciaire, les règles de l'ancien droit, car si l'on abroge expressément une partie d'une règle, on en conserve tacitement les autres parties.

Ajoutons aussi que la solution que nous combattons est inconciliable avec la théorie du Code relative à la publicité des hypothèques; car les immeubles personnels de l'héritier, situés dans l'arrondissement où inscription a été prise sur les biens du défunt se trouveraient grevés de l'hypothèque judiciaire sans qu'aucun indice pût porter ce fait à la connaissance des tiers.

4^{me} Question. *Cas particulier de la faillite.* — Lorsque l'art. 490, § 3, du Code de commerce dispose que les syndics doivent faire inscrire l'hypothèque judiciaire sur les immeubles du failli, il n'entend pas dire, comme l'a pensé M. Bravard (*annoté par* M. Demangeat, t. V, p. 49), que cette hypothèque est spéciale, mais bien que les syndics doivent

demander l'inscription dans l'arrondissement ou dans les arrondissements où ils savent que le failli possède des immeubles.

Cette hypothèque porte sur tous les immeubles présents et futurs du débiteur failli (1).

5^{me} Question. *Loi de 1855.* — Si nous faisons ici l'application des principes généraux qui découlent de la loi du 23 mars 1855, nous arrivons à cette conséquence, que l'hypothèque judiciaire obtenue contre l'ancien propriétaire d'un immeuble après l'aliénation, frappe l'immeuble aliéné, du moment qu'elle est inscrite avant la transcription de cette aliénation (2).

Remarque : L'hypothèque judiciaire ne saurait frapper les navires du débiteur puisque (art. 1^{er} de la loi du 10 décembre 1874) les navires ne peuvent être hypothéqués *que par la convention des parties.*

1. Dijon, 5 août 1862, D. P. 62, 2, 149; Paris, 27 mai 1865, D. P. 65, 2, 174.

2. Cass., 16 février 1887, *Pandectes françaises périodiques* 87, 1, 108; Trib. civ. le Havre, 12 janvier 1884, *Journal Cons. hyp.* 1884, p. 149. En ce sens : Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 308, note 80; Labbé (Sirey, 78, 2, 33); Beudant (Dalloz P. 78, 1, 49); Nancy 27 décembre 1879.

CHAPITRE TROISIÈME

INSCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Notre ancienne jurisprudence ne connut pas le principe de la publicité des hypothèques, en sorte que l'hypothèque judiciaire, avant la Révolution, ne fut jamais soumise à l'inscription, et fut opposable aux tiers dès sa naissance. Il suffisait donc de rechercher l'instant de cette naissance pour déterminer le rang du créancier. Pothier nous dit quel était ce moment. « Lorsque le jugement est rendu contradictoirement à l'audience, l'hypothèque a lieu du jour qu'il est prononcé. Lorsqu'il est par défaut, ou lorsqu'il a été rendu en procès par écrit, elle n'est que du jour de la signification qui en a été faite au procureur » (*Ordonnance de 1667*, art. 35, art. 11).

« L'appel interjeté du jugement, de même que l'opposition qui est formée, suspendant l'effet du jugement, suspend l'hypothèque; mais s'il est confirmé par la suite, l'hypothèque aura lieu du jour du jugement et non pas seulement du jour de l'arrêt qui l'aura confirmé » : déclaration du 10 juil-

let 1566 (Pothier, *Hypothèques*, chap. n^o 1^{er}, 16 et 17, édition Bugnet, t. I).

L'art. 19 de la loi du 9 messidor an III introduisit dans notre législation le principe de la publicité des hypothèques, principe qui reçut, pour la première fois, son application par la loi du 11 brumaire an VII.

Actuellement, l'art. 2134 du Code civil ordonne l'inscription de toute hypothèque judiciaire. En d'autres termes, l'hypothèque judiciaire ne produit pas ses effets du jour de sa naissance, mais seulement du jour de son inscription; jusqu'à cette inscription, elle ne peut être opposée aux tiers; elle est sans utilité pour le créancier. D'où la question très importante: *A quel moment l'inscription devient-elle possible?*

D'une manière générale, nous répondrons: Quel que soit le jugement intervenu, l'inscription est possible dès que l'hypothèque a pris naissance, c'est-à-dire dès que le jugement a été prononcé.

Cependant, aux termes de l'art. 155 du Code de procédure civile, les jugements *par défaut* ne doivent pas être exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué ou à domicile, suivant les cas. En second lieu, d'après l'art. 147 du même code, les jugements rendus contradictoirement ne doivent être exécutés qu'après signification à avoué. D'où l'on s'est posé la question de

savoir si ces dispositions ne devaient pas empêcher d'inscrire l'hypothèque judiciaire avant les délais prescrits pour l'exécution des jugements.

Deux arrêts : de la cour de Riom, du 9 avril 1807 et de la cour de Toulouse, du 10 décembre 1824, ont décidé qu'un jugement par défaut ne conférait hypothèque qu'après la signification; mais de nombreux arrêts ont résolu la question en sens contraire (1). De même, les auteurs admettent que l'hypothèque peut être inscrite avant la signification (2).

Cette dernière opinion nous semble seule admissible; en effet, la volonté des rédacteurs du Code, à ce sujet, est certaine : une disposition avait été insérée dans le projet préparé par la commission; d'après cette disposition, « les jugements par défaut n'emportaient hypothèque que du jour de leur signification »; elle fut ensuite retranchée.

Et d'ailleurs, la Cour de Paris, dans son arrêt de 1840, l'a dit avec raison : « L'inscription hypothécaire n'est point un acte d'exécution, mais un acte purement conservatoire »; nous en concluons qu'elle peut être prise avant toute exécution du jugement obtenu par le créancier.

De là, nous déduisons immédiatement que l'hy-

1. Cass. 21 mai 1811; Rouen, 7 décembre 1812; Riom, 17 avril 1824; Rouen, 27 mai 1834; Paris, 23 juillet 1840.

2. Persil, *Rég. hyp.*, art. 2123; Grenier, *Hyp.*, t. I, n° 194; Duranton, t. XIX, n° 338; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. II, n° 444.

pothèque judiciaire peut être inscrite même avant que le jugement soit levé (1).

Mais alors, le conservateur des hypothèques, pour dégager sa responsabilité, pourra exiger qu'il soit justifié d'une manière certaine que le jugement existe bien en réalité.

CAS PARTICULIERS

A. Il se peut que certains événements rendent impossible une inscription hypothécaire sur les immeubles du débiteur. C'est ainsi que l'art. 2146 § 2 dispose *qu'entre créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire*, l'inscription faite par l'un d'eux, depuis l'ouverture, ne produit aucun effet. Le législateur a voulu maintenir l'égalité entre créanciers, et l'acceptation bénéficiaire semble faire présumer l'insolvabilité de la succession.

B. Le premier alinéa de l'art. 2146 avait aussi indiqué une hypothèse dans laquelle l'inscription de l'hypothèque ne pouvait avoir lieu. On ne pouvait prendre inscription après l'époque de la cessation des paiements, ni dans les dix jours précé-

1. En ce sens; Cass., 21 mai 1811; 9 décembre 1820; 29 novembre 1824 et 19 juin 1833; — Persil, art. 2123; Grenier, n° 196; Troplong, n° 443 bis et 444; Boileux, t. III, p. 680, note 4.

daient. La loi du 28 mai 1838 (nouvel art. 448, C. comm.) a modifié ces dispositions rigoureuses. Le jugement déclaratif de faillite arrête bien encore le cours des inscriptions, mais celles-ci peuvent néanmoins être prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui la précèdent. Cependant elle *pourraient* être déclarées nulles s'il s'était écoulé un intervalle de plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription.

Rappelons que, si l'hypothèque valablement acquise peut être inscrite dans les conditions qui viennent d'être énoncées, elle ne peut naître pendant la période suspecte, comme nous l'avons dit plus haut.

Remarquons enfin que si, *relativement à la masse* (art. 446 C. comm.), l'inscription d'hypothèque prise contrairement à l'art. 448 ne produit aucun effet, cette inscription n'en reste pas moins opposable aux créanciers postérieurs à la faillite, et au débiteur.

Comme toutes les inscriptions, celle de l'hypothèque judiciaire doit être faite au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les immeubles grevés (art. 2146 Code civ.).

Il suffit d'une seule inscription pour que l'hypothèque frappe tous les immeubles présents et à

venir du débiteur, situés dans l'arrondissement. Mais une inscription doit être prise dans tous les arrondissements où le débiteur possède ou possédera des biens, si l'on veut que tous ces biens soient atteints par l'hypothèque.

Le créancier présente au conservateur une expédition authentique du jugement. Il y joint deux bordereaux contenant les mentions exigées par l'art. 2148, auquel nous renvoyons.

Nous venons de voir également comment doit être, relativement à l'inscription de l'hypothèque judiciaire, modifié cet art. 2148, § 3.

Pour ce qui est de l'inscription elle-même, il nous reste à examiner plusieurs questions importantes : En ce qui touche l'indication du montant de la créance, l'inscription de l'hypothèque judiciaire est-elle soumise à l'évaluation du chiffre des droits conservés, lorsque la créance garantie est indéterminée ?

Sur cette question, la jurisprudence est unanime à décider la négative, en vertu du raisonnement suivant : aux termes de l'art. 2148 § 4, le bordereau d'inscription doit contenir le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes ou prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est requise ; or, elle n'est ordonnée, par

l'art. 2132, que pour le cas d'hypothèque conventionnelle.

Donc, l'art. 2148-4° ne s'applique pas aux hypothèques judiciaires (1) : quelques jurisconsultes approuvent ce système (2).

Mais la majorité des auteurs est d'un avis tout différent, auquel nous croyons devoir nous ranger. En effet, l'évaluation des créances indéterminées est une conséquence nécessaire du grand principe de la publicité des hypothèques ; d'ailleurs, on ne peut dire que l'art. 2148 § 4 se réfère exclusivement à l'hypothèque conventionnelle, puisqu'il s'exprime ainsi : *Dans les cas où cette évaluation est ordonnée...* Enfin, si l'art. 2148 ne renfermait pas une règle générale, on ne pourrait expliquer l'art. 2153 § 3 qui dispense d'évaluation les hypothèques légales, parce que l'appréciation des créances garanties par ces dernières est presque toujours impossible, tandis que celle qui résulte d'une condamnation, même quand la créance garantie est indéterminée, est susceptible d'une évaluation au moins approchée (3).

En tout cas, il a été jugé que l'inscription est

1. Cass., 4 août 1825 ; Rouen, 19 février 1828 ; Limoges, 5 décembre 1839.

2. Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. III, n° 684 ; Duranton, t. XX, n° 117 ; Vaugeois, *Revue pratique*, juillet 1875.

3. En ce sens : Aubry et Rau, t. III, § 274, note 7 ; Paul Pont, *Priv. et Hyp.*, n° 989 ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 128 bis.

nulle si elle ne fait pas mention de la date de l'exigibilité de la dette (1).

Toutefois, cette mention n'est pas assujettie à des termes sacramentels; elle peut être suppléée par des mentions équivalentes, pourvu qu'elles soient suffisantes pour empêcher qu'aucun préjudice soit causé aux tiers et qu'elles puissent être trouvées dans l'inscription elle-même (2).

C. Doit-on considérer les immeubles à venir comme atteints par l'hypothèque judiciaire, du jour même où celle-ci a été inscrite, ou ne le sont-ils qu'au fur et à mesure des acquisitions?

La question a de l'importance quand plusieurs jugements sont intervenus contre le même débiteur au profit de divers créanciers qui ont inscrit, à différentes époques, leur hypothèque judiciaire.

On a, pendant longtemps, prétendu que l'hypo-

1. Lyon, 13 mars 1887. — *Comp.* : Pont, *Priv. et Hyp.*, t. II, n° 993; Duranton, t. XX, 226; Baudot, n° 285; Hervieu, v° *Inscript.*, § 6, n° 1; Tarrible, v° *Inscript.*, § 5, n° 11; Persil, art. 2148, § 4, n° 6 à 8; — Cass., 6 décembre 1844, D. P. 45, 1, 15; 15 novembre 1852, D. P. 63, 1, 277, S. 63, 1, 1441; Grenoble, 10 mars 1865, D. P. 65, 2, 136, S. 66, 2, 23; Alger, 13 février 1869; Cass., 26 mars 1872, S. 74, 2, 313, P. 1874, p. 794; Limoges, 28 février 1879, S. 80, 2, 241; Nancy, 27 décembre 1879, D. P. 80, 2, 214, S. 80, 2, 174, P. 1880, p. 785.

2. *Comp.* : Tarrible, *Rép.*, v° *Inscript. hypothécaire*, § 5, n° 11; Persil, art. 2148, § 4, n° 5 et suiv.; Hervieu, v° *Inscript.*, § 6, n° 1; Baudot, *Formule hyp.*, n° 285; P. Pont, *Priv. et Hyp.*, n° 995; Toullier, t. VII, n° 510; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. III, n° 685; — Cass., 6 décembre 1844; précité; 15 novembre 1852; S. 52, 1, 793, D. P. 53, 1, 98; 8 mars 1853, D. P. 54, 1, 341, S. 55, 1, 214; 15 juin 1864, D. P. 64, 1, 221, S. 64, 1, 255, P. 64, 693; Grenoble, 10 mars 1865, et Nancy, 27 décembre 1879, préc.

thèque n'existait qu'au moment où l'immeuble commençait à faire partie des biens du débiteur, et que toutes les hypothèques judiciaires antérieures devaient venir en concours sur l'immeuble, quelles que fussent leurs dates. Mais on peut répondre à ce système que l'art. 2134 pose le principe général que toute hypothèque a rang du jour de son inscription : « S'il est vrai, a dit avec raison la Cour de Caen, dans son arrêt du 5 avril 1856, que les hypothèques ne se sont réalisées que quand il est entré dans la possession du débiteur un immeuble qui leur a servi d'assiette, il n'est pas moins vrai que, par l'effet des inscriptions prises, le droit était, dès lors, acquis aux créanciers de profiter de cette réalisation, par préférence à ceux qui s'inscriraient ultérieurement. »

Remarquons, enfin, que l'inscription de l'hypothèque est soumise à la nécessité du renouvellement et à la péremption décennale (art. 2154, Code civ.).

Il a été jugé, sur ce dernier point, que le créancier qui, ayant pris une hypothèque judiciaire sur les biens de son débiteur avant la faillite du dit débiteur, a laissé périmer l'inscription, faute de renouvellement dans les dix ans, peut, en vertu du titre originaire, prendre une nouvelle inscription sur les immeubles advenus au failli après le concordat qui l'a remis à la tête de l'administration de

ses biens (Cass., 18 février 1878, *Journ. Cons. hyp.* 1878, p. 134).

D. Comment est prise l'inscription d'hypothèque judiciaire au cas de faillite du débiteur ?

L'art. 490 § 3 C. Comm. nous dit que l'inscription prise par le syndic en faveur de la masse doit être reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel les syndics auront été nommés.

En second lieu, comment les syndics doivent-ils, au bureau des hypothèques, inscrire le jugement d'homologation du concordat ? M. Pardessus (n° 1248) pense qu'ils doivent le faire par des inscriptions séparées et individuelles prises au profit de chacun des créanciers.

Pour nous, nous croyons qu'il suffit de transcrire le jugement d'homologation, en mentionnant les noms des créanciers appelés à profiter de l'hypothèque ; il y a ainsi économie de frais, et les tiers sont suffisamment avertis du montant des sommes dont les immeubles frappés d'hypothèque garantissent le paiement.

Notons que, d'après la loi du 4 mars 1889 modifiant la législation des faillites, les *liquidateurs provisoires* nommés par le jugement qui statue favorablement sur la demande d'admission à la liquidation judiciaire, sont tenus, dans les vingt-quatre

heures de leur nomination, de requérir les inscriptions d'hypothèque mentionnées en l'art. 490 du Code de commerce (*L. 4 mars 1889*, art. 4, § 1).

CHAPITRE QUATRIÈME

RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE SON EXTINCTION

§ 1. RÉDUCTION. — Et d'abord, il nous faut écarter ici une opinion aux termes de laquelle l'hypothèque judiciaire ne frapperait pas nécessairement les biens présents et à venir du débiteur; elle n'atteindrait ces derniers qu'autant que le créancier s'en serait formellement et clairement exprimé dans son inscription, sans être, du reste, tenu d'employer, à cet égard, aucuns termes sacramentels (Limoges, 3 juin 1871, Sirey, 71, 2, 84).

Cette solution ne nous semble pas acceptable. Elle a été enseignée par M. Tarrible (Rép. de Merlin, v° *Inscription hypothécaire*, § 5, n° 12), qui invoque pour la soutenir, les termes de la loi du 11 brumaire an VII : « L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur au moment du jugement et le créancier peut, par des inscriptions ultérieures, mais sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherraient à son débiteur. »

Presque toute la doctrine et la jurisprudence sont d'un avis opposé, et, nous semble-t-il, avec raison, car ce n'est pas devant la loi de brumaire, mais devant le Code civil qu'il y a lieu de se placer. Or, comme le dit M. Pont, « nous avons l'art. 2123, où l'on voit qu'au lieu de restreindre l'hypothèque judiciaire aux immeubles que le débiteur possède au moment du jugement, le législateur l'étend sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur; d'une autre part nous avons l'art. 2148 où, en fixant les énonciations qui doivent être faites dans les bordereaux présentés au conservateur pour opérer l'inscription, le législateur exprime que lorsqu'il s'agit d'hypothèques légales *ou judiciaires*, l'indication de l'espèce et de la situation des biens n'est pas nécessaire, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappant, à défaut de convention, tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. »

Ce premier point une fois résolu, nous remarquons que l'hypothèque judiciaire, par là même qu'elle est générale, portant une atteinte grave au principe de spécialité qu'a édicté le législateur de 1804, celui-ci a, dans les articles 2161 et suivants, cherché à atténuer les conséquences fâcheuses de cette généralité.

Art. 2161. — « Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait

droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies dans l'art. 2159. La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles. »

Quelles sont les conditions auxquelles cette réduction de l'hypothèque judiciaire est possible?

1^{re} *Condition*. Bien que la loi ne l'ait pas dit, il semble que l'action en réduction n'est recevable que lorsqu'un terme a été imposé par le jugement ou convenu entre les parties, ou lorsque la condamnation a pour objet des redevances annuelles.

En effet, dans le cas ordinaire, le débiteur a été condamné à payer, et d'un moment à l'autre, il peut y être forcé ; on ne conçoit pas qu'il vienne exiger quoi que ce soit d'un créancier indulgent qui diffère la saisie, l'expropriation forcée : il faut donc que l'hypothèque judiciaire soit intervenue dans un des cas particuliers que nous avons signalés.

C'est ainsi que le jugement de condamnation à une pension alimentaire emporte, on l'a vu, hypothèque judiciaire ; mais alors le débiteur a le droit de faire

réduire cette hypothèque lorsqu'elle porte sur des immeubles plus que suffisants pour assurer le service de la pension (Lyon, 19 juin 1872, Sirey, 73, 2, 20).

2° *Condition*. La réduction peut être librement consentie par le créancier, comme elle peut être, dans certains cas, exigée par le débiteur. C'est ainsi que les parties peuvent renoncer au droit de prendre inscription pendant un certain délai, en vertu du jugement ou de la sentence arbitrale à intervenir (Cass. 20 juin 1854, *Journ. Cons. hyp.*, 1855, p. 54).

Mais si déjà l'hypothèque a été restreinte par la convention des parties, elle devient conventionnelle, et par suite, ne peut plus être réduite (art. 2161, *in fine*). Donc, et c'est la seconde condition, l'hypothèque judiciaire ne doit pas déjà avoir été restreinte par une convention.

3° *Condition*. Il faut que l'inscription porte sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire pour assurer le paiement de la créance ; on en déduit logiquement cette conséquence regrettable que si le débiteur ne possède qu'un immense domaine d'une valeur très supérieure à la créance, il ne peut demander la réduction.

4° *Condition*. Il faut qu'il y ait excès dans les ins-

criptions: aux termes de l'art. 2162, « les inscriptions sont excessives quand elles frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux *excède de plus d'un tiers en fonds libres, le montant de la créance en capital et accessoires légaux* ».

Remarquons : 1° Que si un jugement rendu en premier ressort est confirmé en entier, l'effet de l'hypothèque subsiste pour la totalité; s'il est infirmé en entier, l'effet de l'hypothèque cesse pour la totalité; s'il est confirmé pour partie, l'effet de l'hypothèque subsiste pour partie (1).

2° Lorsqu'une inscription est prise en vertu d'un jugement condamnant le débiteur d'une rente à fournir hypothèque pour le paiement de cette rente, et à payer sans retenue les arrérages échus qui n'avaient été payés qu'avec retenue, l'arrêt infirmant ce jugement quant au chef accordant l'hypothèque, mais qui le maintient quant à la condamnation relative à la retenue, n'a pas pour effet d'autoriser le débi-rentier à demander la mainlevée de l'inscription pour le tout; cette mainlevée ne peut lui être accordée que dans les limites résultant de la combinaison des dispositions du jugement de première instance et de l'arrêt d'appel (Cass., 9 avril 1844, Sirey, 44, 1,420).

1. Persil, art. 2123; Grenier, t. I^{er}, n°196; Troplong, t. I^{er}, n° 443 *ter*.

3° L'art. 517 du Code de commerce permettant aux créanciers de renoncer complètement à toute inscription sur les immeubles du concordataire, il en résulte qu'ils peuvent, *a fortiori*, convenir que leur hypothèque frappera seulement quelques immeubles de leur débiteur.

4° Un décret du 11 thermidor an XII défend « aux receveurs des établissements de charité de consentir aucune radiation, changement, ou limitation d'inscriptions hypothécaires, à moins d'une décision spéciale du conseil de préfecture, prise sur la proposition formelle de l'administration et l'avis du comité consultatif établi près de chaque arrondissement communal ».

5° La loi du 16 septembre 1807, sur l'organisation de la Cour des Comptes, dispose de la façon suivante: « La Cour prononcera sur les demandes en réduction, en translation d'hypothèque, formées par des comptables encore en exercice ou par ceux hors d'exercice dont les comptes ne sont pas définitivement apurés, en exigeant les sûretés suffisantes pour la conservation des droits du Trésor. »

§ 2. EXTINCTION ET NULLITÉS. — Il suffit de faire ici quelques remarques. C'est ainsi que l'on doit déclarer nulle l'hypothèque judiciaire frappant les biens d'un failli postérieurement à la cessation des paiements (Cass., 17 mai 1887).

Ainsi encore, la cassation d'un arrêt entraîne la nullité de l'inscription hypothécaire prise en vertu de cet arrêt, alors même que cette cassation est prononcée sur le pourvoi de la partie qui a pris cette inscription, et dont le dit pourvoi était fondé, par exemple, sur ce que l'arrêt attaqué n'avait pas assuré au demandeur la totalité des sommes auxquelles il avait droit : les effets de la cassation sont, en effet, indivisibles et absolus (Cass., 28 juin 1852, Sirey, 52, 1, 666).

Inversement, l'hypothèque judiciaire antérieure à la faillite du débiteur n'est pas éteinte par le concordat. Elle continue à s'appliquer aux biens présents et à venir, et frappe les immeubles advenus au débiteur depuis ce concordat (Paris, 6 janvier 1847, *Journ. Cons. hyp.*, 1848, p. 157).

CHAPITRE CINQUIÈME

EXAMEN CRITIQUE. — LÉGISLATION COMPARÉE

CRITIQUE GÉNÉRALE : *Ce qu'on a dit contre l'hypothèque judiciaire.*

La disposition du Code civil qui conserve l'hypothèque judiciaire et qui ajoute ici aux vices de notre législation hypothécaire tous les dangers des hypothèques générales, a été sévèrement critiquée.

Accorder un privilège aussi grave que le droit réel d'hypothèque au seul fait d'un jugement ; changer ainsi au détriment des autres créanciers la position d'un chirographaire, par le seul motif qu'il a été plus âpre aux poursuites, c'est déjà un point de doctrine très controversable, et que les législations étrangères ont presque toutes repoussé.

Mais pourquoi ne pas y exiger la spécialité, ou tout au moins pourquoi n'y pas restreindre l'affectation hypothécaire *aux biens présents*, comme la loi de brumaire l'avait sagement compris ? Loin de là, l'art. 2123 déclare, que cette hypothèque s'étend de plein droit à tous les immeubles actuels du débiteur, et même à tous ceux qu'il pourra acquérir par

la suite ; seulement la publicité par l'inscription y est nécessairement requise.

« Quelle bizarrerie dans cette préférence attribuée à celui des créanciers qui, mieux servi que les autres, soit par le zèle des officiers publics qui lui prêtent leur ministère, soit par le hasard des circonstances, a le premier obtenu un jugement de condamnation ou peut-être même (car il faut bien entrer dans ces détails), réussi le premier à lever et à faire enregistrer son jugement ! D'ailleurs quelle prime d'encouragement offerte ainsi à l'ardeur des poursuites judiciaires et, par suite, quelle source féconde de frais ruineux pour le débiteur ! Des inconvénients de même nature devaient sans doute résulter du *pignus judiciaire* des Romains ; mais, au moins, cette sorte d'hypothèque judiciaire n'était pas générale ; il y avait plus de chances pour que les gages fussent répartis, suivant les cas, entre un grand nombre de créanciers. Chez nous, au contraire, la généralité de l'hypothèque aggrave encore le mal ; souvent il en résulte des préférences absolues pour certains créanciers et une perte complète pour d'autres. De plus, le conflit d'hypothèques générales engendre des contestations sans nombre, dans les ordres ouverts sur le prix des immeubles » (Valette, *Revue du droit français et étranger*, année 1849).

« L'hypothèque judiciaire est plus gênante pour

le débiteur que l'hypothèque conventionnelle ou spéciale. Mais pourquoi? C'est qu'il a à s'imputer de n'avoir pas satisfait à un engagement qui a pu naître sans convention, ou de l'avoir contracté par un acte sous signature privée qui, étant devenu authentique par la reconnaissance ou par un jugement de condamnation, a produit une hypothèque de cette nature.

Le créancier a dû compter sur l'acquittement de sa créance, et il n'a pu seul, et sans une convention à laquelle le débiteur aurait dû nécessairement concourir, amener une spécialité de l'hypothèque... Le débiteur ne peut se plaindre d'une position dans laquelle il s'est lui-même placé » (Grenier, *Rapport au Tribunat*, § 50 à 52).

Cela est incontestablement très exact, mais il faut aussi prendre en considération les intérêts des autres créanciers, et ceux des tiers, intérêts que le Code n'a pas, suivant nous, sauvegardés avec autant de sollicitude.

M. Pougeard nous semble envisager la question sous son véritable jour, lorsqu'il nous montre les créanciers se précipitant sur la fortune de leur débiteur dont l'insolvabilité est présumée: « Qu'est-ce qui ébranle cette masse? Qu'est-ce qui pousse les plus réservés? C'est la peur. Et cette peur, qu'est-ce qui la produit? C'est l'hypothèque judiciaire. On sait que, si quelqu'un se hâte, il aura tout et les

autres rien ; chacun veut être le premier ; les assignations pleuvent sur le malheureux débiteur ; pendant un mois on n'entend que son nom répété dans les tristes échos du Palais ; il est ruiné, exproprié, et puis, en fin de compte, la plupart des créanciers ont la perte de leurs frais pour s'indemniser de celle de leur créance. C'est ce que le tribun Sedillez exprimait très bien en les comparant à des infortunés qui, enfermés en grand nombre dans une maison où le feu éclate, y périssent tous malheureusement, parce que tous en veulent imprudemment sortir à la fois. Donc l'hypothèque judiciaire est funeste dans ses conséquences, *autant pour le créancier que pour le débiteur* » (Pougeard, *De l'amélioration du régime hypothécaire en France*, p. 31).

D'abord, de l'aveu unanime, l'hypothèque attachée aux actes judiciaires devrait être supprimée de notre législation ; on l'a dit avec raison, elle est la conséquence d'un principe aboli dans notre droit actuel.

L'hypothèque judiciaire qui s'attache à quelques actes judiciaires (jugements de reconnaissance et de vérification d'écritures) est certainement aussi dangereuse qu'injuste ; on ne comprend pas, en effet, qu'un créancier obtienne une hypothèque *générale* sur les biens du débiteur, alors que celui-ci n'a même pas voulu lui accorder une hypothèque *spéciale*.

Le grief principal que nous ferons valoir contre l'hypothèque judiciaire est celui-ci : elle constitue en faveur d'un créancier, par conséquent au détriment des autres, un droit de préférence que rien ne justifie, pas même le brocard *jura vigilantibus prosunt*, puisque des créanciers très vigilants peuvent être dépassés par des créanciers moins vigilants, mais dont l'affaire est jugée plus vite.

Écoutez encore M. Pougeard : « Je me demande, dit-il, comment un jugement peut constituer une cause légitime de préférence. Parmi plusieurs créanciers d'un même débiteur, lequel obtiendra le premier un jugement ? Ce sera le plus rapproché, le mieux informé, le plus inquiet, le mieux servi par son huissier et son avoué. Ce sont là des causes légitimes de préférence ! Je ne le comprends pas. Je suppose entre les créanciers toutes choses égales ; on sait comment les affaires s'instruisent et se jugent : on peut obtenir un jugement dans quinze jours ; on peut ne l'obtenir que dans trois mois ; il peut être expédié le jour même de l'audience ; il peut ne l'être que vingt jours après. Le receveur de l'enregistrement peut retenir une feuille vingt-quatre heures de plus ou de moins, le greffier remettre un jugement avant l'autre ; le conservateur des hypothèques peut exiger la présentation du titre, il peut en dispenser. De combien d'incidents, d'accidents, de volontés et de caprices dépend, en définitive,

la cause légitime de préférence! » (Op. cit., p. 30).

Nous avons vu qu'une hypothèque judiciaire ne peut jamais naître dans les dix jours qui précèdent, en cas de faillite, la cessation de paiements. Nous pensons que cette disposition doit aussi être critiquée, car elle peut conduire, dans certains cas, à des résultats singuliers. Supposons, par exemple, que, le même jour, deux créanciers commencent à poursuivre le débiteur, l'un devant le tribunal de commerce, l'autre devant le tribunal civil, la créance du premier étant commerciale, celle du second étant civile. Le tribunal de commerce rendant, en général, sa décision plus rapidement que le tribunal civil, il peut en résulter que l'un des créanciers obtiendra son jugement plus de dix jours avant la cessation des paiements, et que le contraire arrivera pour l'autre créancier. C'est là, on le comprend, une inégalité choquante, et que l'on doit critiquer.

Cependant, remarquons-le, dans le cas de l'art. 446 du Code de commerce, et dans celui de l'art. 2146 du Code civil, le législateur semble lui-même reconnaître implicitement l'injustice de l'hypothèque judiciaire.

Nous résumerons notre opinion par la citation suivante : « La suppression de l'hypothèque judiciaire, disait M. Rouher, dans la séance du 4 avril 1850, sera salutaire : les hypothèques judiciaires

sont ordinairement les plus nombreuses, souvent les plus compromettantes pour le crédit, parce qu'elles sont souvent illimitées; toujours elles sont gênantes par leur généralité; elles compliquent les ordres, deviennent un moyen puissant de fraude, rendent les créanciers plus exigeants, les procès plus nombreux, la ruine plus complète, et, sans avoir aucune cause solide dans le droit, elles sont tout simplement une prime accordée à la rigueur et quelquefois à la rapacité. »

— *Ce qu'on a fait ou essayé de faire, en France, contre l'hypothèque judiciaire.*

Sans parler du léger revirement qui, en 1807, se produisit contre l'hypothèque judiciaire, nous constatons que, dès le début, le régime hypothécaire créé par notre Code fut vivement attaqué (1). A partir de 1830, les conseils généraux de plusieurs départements formulèrent des vœux tendant à provoquer une réforme sur ce point.

D'après le projet de M. Loreau (*Du Crédit Foncier*, 1841, p. 248), les hypothèques judiciaires n'auraient frappé que les biens présents du débiteur et auraient été rendues publiques lors de l'enregistrement des jugements qui leur auraient donné naissance.

1. V. M. Hua, *Sur la nécessité de réformer la législation hypothécaire*, 1842; — M. Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 173; — M. Decourdemanche, *Du danger de vréter sur hypothèque*.

En 1844, M. Martin du Nord, alors garde des sceaux, demanda, par une circulaire en date du 7 mai, l'appréciation des Cours d'appel et des Facultés de droit sur le régime hypothécaire. Six Cours sur vingt-quatre, et les sept facultés de droit d'alors appelèrent l'attention du législateur sur l'art. 2123. La Cour de Montpellier, les Facultés de Dijon, Rennes, Strasbourg, Caen, Grenoble, Paris, demandèrent le maintien de l'hypothèque judiciaire réformée dans ses causes et dans ses effets. Les Cours d'Aix et de Colmar la critiquèrent avec vivacité. Le rapport de M. Valette, de la Faculté de droit de Paris, concluait à la suppression de l'hypothèque résultant des reconnaissances d'écritures, à la spécialité, et à l'initiative du juge pour en fixer l'étendue (1).

En 1849, M. Persil, rapporteur d'une commission extra-parlementaire, instituée par un décret présidentiel du 15 juin, disait : « Les inscriptions judiciaires arrivent au moment où la fortune du débiteur s'ébranle ; elles s'acquièrent alors au pas de course. »

L'exposé des motifs du projet de loi, présenté par M. Rouher à l'Assemblée, dans la séance du 4 avril 1850, condamnait également l'hypothèque judiciaire (V. *suprà*, p. 159 et 160).

1. Voir un article de M. A. de Saint-Joseph, dans la *Revue du Droit français et étranger* de 1849 ; et aussi les *Documents hypothécaires* publiés par M. Martin du Nord, t. I, *Introd.* p. 207 et t. III, p. 261-288.

Le Conseil d'Etat fut, aussi nettement que la commission formée le 15 juin 1849, hostile à l'hypothèque judiciaire. « Le projet, disait le rapporteur, supprime l'hypothèque judiciaire. Cette réforme est, sans contredit, l'une des plus importantes de la loi. Le Conseil y donne son adhésion. La pratique nous apprend que les inscriptions arrivent au moment où la fortune du débiteur s'ébranle ; elles s'acquièrent alors au pas de course. Or quelle préférence légitime peut résulter de cet empressement ? La loi civile, qui déclare que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, ne reçoit-elle pas une atteinte, lorsque de semblables primes sont le fruit de la seule diligence ?

D'un autre côté, comment, dans l'ensemble de la législation, expliquer le contraste que ces faits établissent entre la loi civile et la loi commerciale, si jalouse de l'égalité des créanciers dans la faillite du débiteur ? Les motifs énoncés justifient pleinement, pour le Conseil, la suppression de l'hypothèque judiciaire » (*Rapport du Conseil d'Etat*, p. 36 et suiv.).

A la séance du 17 décembre 1850, la discussion s'engagea sur la nécessité de conserver dans nos lois l'hypothèque judiciaire. En sens divers, MM. Louvet, Charlemagne, Riché, Grémieux, y prirent une part brillante. « La commission, s'écria M. Valette, a

interrogé l'histoire pour y découvrir tout ce qui avait pu servir à former cette garantie qui, de nos jours, porte le nom d'hypothèque judiciaire. Elle a reconnu que ce droit n'est pas un de ceux qui méritent le respect public comme dépendant de la puissance des individus sur leurs biens ; il ne se rattache à aucune idée de justice ni même d'équité ; ce n'est que le résultat en quelque sorte factice d'un système ancien qui a péri en très grande partie, dont il ne reste plus aujourd'hui que des débris, système sans lequel on n'aurait jamais imaginé ce droit anormal. »

Le 18 décembre 1850, l'hypothèque judiciaire fut supprimée purement et simplement.

A ce moment il se produisit, en faveur de cette hypothèque, un mouvement assez important surtout, il faut bien le constater, parmi ceux qui vivent de l'état précaire du crédit commercial.

Un assez grand nombre de tribunaux de commerce, trois chambres de notaires (sur trois cent soixante - douze), demandèrent son rétablissement, et aussi la chambre des avoués de Paris. La commission législative céda, dans une certaine mesure, à ce bruit, et le système des oppositions fut, en seconde lecture, adopté le 20 février 1851.

Voici quel fut ce système *d'opposition immobilière* que l'Assemblée substitua à l'hypothèque, en l'empruntant à une proposition qui venait d'échouer

devant la chambre belge : Nouvel art. 2161 : « Tout créancier porteur d'un jugement de condamnation pourra former, au bureau de la conservation des hypothèques, opposition sur les immeubles de son débiteur, pourvu que le montant de la condamnation soit liquide, ou, s'il ne l'est pas, que le tribunal ait provisoirement fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle il sera loisible de faire opposition. — Le même droit appartiendra au porteur d'une obligation notariée... — L'opposition portera sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur, situés dans l'arrondissement du bureau. Son effet sera d'empêcher qu'aucune inscription ne soit prise et aucun prix de vente payé au préjudice de l'opposant. »

Nouvel art. 2164 : « Si le jugement est attaqué par opposition ou appel, et qu'il ne soit pas exécutoire par provision, la partie condamnée qui voudra obtenir mainlevée de l'opposition sans porter préjudice à son recours, pourra consigner à la caisse des dépôts et consignations une somme égale au montant des causes de l'opposition, avec affectation spéciale au profit de l'opposant. Le conservateur opérera la radiation de l'opposition sur la simple présentation de la quittance constatant le dépôt » (Voir, sur tous ces points, le *Moniteur* de 1850, p. 3615-3625, et celui de 1851, p. 517).

Le 1^{er} juillet 1851, la question revint à l'ordre

du jour. On demanda le renvoi pour permettre l'examen du contre-projet; l'ajournement fut voté. La discussion ne fut plus jamais reprise, par suite du Coup d'Etat.

Notons enfin que la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, a écarté avec soin, dans l'intérêt du crédit commercial, les hypothèques légales et l'hypothèque judiciaire. Elle a adopté sur ce point les sages motifs des lois anglaises, allemandes et italiennes. Et lors de la discussion de cette loi, depuis le 29 juillet 1872 jusqu'au 10 décembre 1874, on voit les rédacteurs du projet condamner toujours l'hypothèque judiciaire, la déclarant *regrettable, gênante, renversant la loi d'égalité qui domine l'état de faillite*.

LÉGISLATION COMPARÉE

Comment les autres nations ont cherché à éviter la difficulté. — Il nous faut maintenant examiner les principales législations étrangères. Nous y verrons que les unes ont rejeté, les autres ont accepté purement et simplement cette hypothèque, et qu'enfin d'autres ont apporté sur ce point d'assez heu-

reuses modifications, celle du canton de Neuchâtel par exemple.

A. — *Allemagne.* — En Allemagne, il n'y a pas d'hypothèque judiciaire semblable à la nôtre, ou plutôt toutes les hypothèques sont judiciaires, par application du principe général de la publicité de toutes ces garanties. Le créancier peut prendre provisoirement inscription sur les registres fonciers, lorsqu'il poursuit son débiteur ; s'il triomphe, son hypothèque devient définitive, à la date de son inscription. C'est le système des *pränotations*.

Le Code de procédure civile de l'empire d'Allemagne (30 janvier 1877) donne seulement au créancier le droit de saisir les meubles ou immeubles de son débiteur, en vertu d'un jugement définitif ou déclaré exécutoire par provision.

B. — *Angleterre.* — Tout créancier, porteur d'un jugement de condamnation, acquiert une sorte de privilège sur tous les immeubles que possède actuellement son débiteur, et sur tous ceux qui pourront lui échoir par la suite, à partir de l'inscription de ce jugement sur un registre public. Ce registre est tenu, pour tout le royaume, à la cour des *placits communs*, à Westminster.

C. — *Autriche.* — D'après l'art. 449 du Code de 1811, les titres constitutifs d'hypothèque résultent

de la loi, des contrats, des testaments, *des jugements* : mais toutes les hypothèques sont spéciales. Il n'y a pas, comme chez nous, d'hypothèque attaquant à l'improviste toute la fortune actuelle et future du débiteur.

D. — Belgique. — (Comp. *Journal de droit international privé*, 1877, p. 339.) La loi belge du 16 décembre 1854, qui contient le régime hypothécaire actuel, ne parle plus de l'hypothèque judiciaire, supprimée à la majorité de cinquante-six voix sur soixante-deux. Le système de l'opposition immobilière fut également repoussé.

Les jugements n'ont plus, désormais, que la valeur d'un titre exécutoire (Loi du 15 août 1854). Ce titre permet la signification d'un commandement, suivie de la saisie des immeubles du débiteur. Aucune inscription postérieure à la transcription de ce commandement n'est opposable au saisissant.

Ce principe général de la suppression de l'hypothèque judiciaire souffre une exception ; d'après l'art. 487 du nouveau Code de commerce (loi du 18 avril 1854), le curateur d'une faillite peut prendre inscription, au profit de la masse, en vertu du jugement déclaratif de la faillite.

E. — Danemark. — Lorsque le créancier obtient un jugement contre son débiteur, il peut requérir un huissier d'opérer la saisie-exécution. Celui-ci y

procède, puis donne au créancier hypothèque judiciaire *sur autant de parcelles de biens saisis qu'il le juge nécessaire* (d'après l'évaluation qui en est faite pendant les opérations de la saisie) pour assurer le remboursement de la créance.

F. — Espagne. — La loi hypothécaire du 21 décembre 1869, dans ses art. 42 et suivants, contient, sur l'hypothèque judiciaire, des dispositions imitées du droit allemand. La constitution des hypothèques comprend deux phases dans la procédure :

Au cours de l'instance intervient une sorte de saisie-arrêt, de prénotation (*anotaciones preventivas*).

Après l'instance, il existe un droit d'inscription sur tous les biens actuels et désignés du débiteur.

G. — Grèce. — L'hypothèque judiciaire résulte des jugements devenus définitifs. Il y a un système de prénotations imité de celui des Allemands (Comp. *Journal de droit international privé*, 1880, p. 175).

H. — Hollande. — L'hypothèque judiciaire est supprimée (1).

I. — Italie. — (Code de 1866). L'hypothèque n'a d'effet qu'à la condition d'être rendue publique par l'inscription, de reposer sur des biens désignés

1. Art. 1248, Lois hypothécaires du 28 avril 1834, et art. 1214 du Code civil de 1838. — Comp. *Revue étrangère*, t. II, p. 649, en note.

d'une manière spéciale, et de garantir une somme d'argent déterminée (art. 1965).

Tout jugement portant condamnation au paiement d'une somme d'argent, à la délivrance d'une chose mobilière ou à l'exécution d'une obligation qui puisse se résoudre en dommages-intérêts, confère à celui qui l'a obtenu, une hypothèque sur les biens de son débiteur (art. 1970). L'hypothèque judiciaire peut être inscrite sur chacun des immeubles appartenant à ce débiteur ; mais, en ce qui concerne les biens acquis par celui-ci après le jugement, l'inscription ne peut être prise qu'au fur et à mesure de leur acquisition (art. 1976). — Ainsi le code italien conserve, dans une certaine mesure, l'hypothèque judiciaire (V. *Le code italien et le Code Napoléon* par M. Huc, p. 265).

J. — Roumanie. — L'hypothèque judiciaire n'existe pas (art. 1748 du code civil promulgué le 4 décembre 1864).

K. — Russie. — L'hypothèque judiciaire, au sens de l'art. 2123 du Code français, n'existe pas en Russie. Le créancier qui obtient un jugement exerce ses droits, comme les autres créanciers munis de titres authentiques ou privés, par une action personnelle et directe sur les biens que possède le débiteur (Comp. M. Lehr, *Eléments de droit civil russe*, p. 362).

L. — Suède. — L'hypothèque judiciaire n'existe pas (V. *Annuaire de législation comparée*, 1876, p. 814 et 1878, p. 663).

M. — Suisse. — Dans le canton de Genève, une loi du 6 juin 1851 a supprimé l'hypothèque judiciaire, et l'exposé des motifs a justifié cette suppression en disant que le droit d'hypothèque, créé comme garantie du crédit, ne doit jamais se transformer en un moyen abusif de recouvrement.

A Fribourg, l'hypothèque judiciaire est assimilée à la saisie de l'immeuble. Loi du 28 juin 1832, art. 7 : « L'hypothèque judiciaire est celle qui est obtenue par la saisie spéciale d'un immeuble opérée dans les formes prescrites par la loi sur les poursuites juridiques. » — Art. 11 : « L'hypothèque judiciaire obtenue par la saisie spéciale vaut contre le débiteur par le seul effet de la saisie ; mais pour valoir contre la tierce personne, elle doit pareillement être inscrite au contrôle des hypothèques. »

Dans le canton de Neuchâtel, le code civil mis en vigueur en 1880 maintient l'hypothèque judiciaire, mais en la restreignant dans de sages limites. Voici les textes : « L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte d'un jugement (art. 1714). — Sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles, *Les biens à venir ne peuvent pas*

être hypothéqués (art. 1715). — L'hypothèque judiciaire résulte de tout *jugement définitif qui, par une disposition spéciale*, donne à celui en faveur duquel le jugement est rendu, le droit de prendre hypothèque pour sûreté de l'exécution des condamnations. *Quand la condamnation n'excède pas deux cents francs en capital, il n'y a jamais lieu à hypothèque* (art. 1721). — Le jugement doit, sous peine de nullité en ce qui touche le droit d'hypothèque, *déterminer* en termes précis la somme pour sûreté de laquelle, et l'immeuble sur lequel hypothèque pourra être prise (art. 1722). — L'hypothèque judiciaire ne peut résulter de jugements rendus hors du canton, sans toutefois contrevenir aux dispositions contraires qui pourraient se trouver dans les lois politiques et dans les traités (art. 1723). — Entre les créanciers, l'hypothèque judiciaire n'a de rang que du jour de l'inscription (art. 1729). »

— SYSTÈMES PROPOSÉS. *Ce qu'on pourrait faire.* — Bien des moyens ont été proposés pour réformer le vice, incontestable selon nous, qui, relativement à l'hypothèque judiciaire, affecte le système hypothécaire créé par le législateur de 1804. Voici les principaux.

A. — En 1841, lors de l'enquête, la Faculté de Paris demanda que l'hypothèque judiciaire devînt *spéciale*, de la façon suivante : l'inscription eût

pu être prise individuellement sur chaque immeuble du débiteur. Mais on ne voit pas que l'avantage résultant de cette manière de faire soit bien considérable, car le créancier inscrirait certainement son hypothèque sur tous les immeubles du débiteur, redoutant, et à juste titre, d'être primé, sur l'immeuble auquel il restreindrait sa garantie, par certains droits de préférence qu'à tort ou à raison, à tort selon nous, le législateur dispense de la publicité.

B. — On a proposé aussi de donner aux juges la faculté de restreindre, au moment même où ils prononçaient la condamnation, l'hypothèque judiciaire à certains immeubles qu'ils désigneraient. On voit de suite quelles difficultés pratiques ferait surgir une telle solution, quel embarras le tribunal éprouverait pour faire cette désignation, sachant surtout que notre Code ne consacre, pour les hypothèques, qu'une publicité restreinte. Nous repoussons donc également ce moyen ; avec la Faculté de Poitiers. (*Documents hypothécaires*, t. III, p. 281), et M. Pont (n° 591), nous croyons que, si l'on admet l'existence de l'hypothèque judiciaire, celle-ci doit être générale.

C. — D'après un autre système, l'hypothèque judiciaire frapperait seulement les immeubles présents du débiteur, à la charge d'une inscription spéciale sur chacun d'eux (Faculté de Strasbourg, *Documents hypothécaires*, t. III, p. 287).

Nous n'admettons pas non plus cette solution ; car, d'une part, si le débiteur ne possède pas d'immeubles au moment du jugement, on ne voit pas pourquoi l'hypothèque ne pourrait pas frapper les biens à venir ; et, d'autre part, si les immeubles présents avaient une valeur de beaucoup supérieure à celle de la créance garantie, le crédit du débiteur en serait ébranlé au delà de toute proportion.

Quant à nous, nous l'avons déjà dit, nous rejetons purement et simplement le principe même de l'hypothèque judiciaire.

D. — Pour combler la lacune que produirait la suppression de cette hypothèque, on a aussi préconisé le *système des prénotations* qui existe en Espagne et surtout en Allemagne. C'est une inscription prise *provisoirement* par le créancier, avec l'autorisation du juge, sur les biens de son débiteur. Cette inscription, lorsque par la suite, elle devient définitive, prend rang à partir de la date de la prénotation (d'Hauteville, *Régime hypothécaire*, p. 135). Nous croyons que si un tel système est théoriquement acceptable et que si, en Allemagne, il peut donner d'excellents résultats, il serait fort peu pratique de l'étendre au territoire français, où la propriété foncière est morcelée à l'infini. Et de plus il faudrait, au préalable, remanier complètement notre régime hypothécaire en réalisant, comme en

Allemagne, un système absolu de publicité et de spécialité, au moyen des livres fonciers.

E. — Enfin, nous ne croyons pas davantage à l'efficacité du système des *oppositions*, qui fut adopté, en principe, par le législateur français, dans la séance du 22 février 1851 (*Moniteur*, p. 537 et suiv.). L'opposition, en effet, ne donne au créancier qu'un droit de suite sans droit de préférence; elle est générale; elle ne protège qu'insuffisamment le créancier.

F. — Ces diverses solutions rejetées, nous n'avons plus qu'à nous rallier au système dit de la *faillite civile*.

Dès 1849, M. Valette proposait « d'organiser pour les débiteurs non commerçants un état de déconfiture analogue à l'état de faillite. Le débiteur déclaré insolvable par un jugement régulier serait dessaisi de l'administration de ses biens, et, par suite, incapable de consentir des aliénations et des hypothèques au préjudice de la masse de ses créanciers; cette masse elle-même serait représentée par des syndics, dont la gestion, exercée dans l'intérêt commun, serait substituée à l'anarchie des mesures et des poursuites individuelles. On ferait ainsi, nous le croyons du moins, un heureux retour au système des Romains, retrouvé depuis fort longtemps et perfectionné par l'admirable bon sens de la pratique commerciale » (Valette, *Revue du droit français et étranger*, 1849, p. 923).

Cette idée de M. Valette a été accueillie par six Etats :

a. L'Angleterre (Loi du 9 août 1869).

b. Les Etas-Unis (loi fédérale du 2 mars 1867;
Comp : *Annuaire de législation comparée*, 1879,
t. VIII, p. 684).

c. Le Danemark (Loi du 25 mars 1872).

d. La Suède (loi du 10 août 1877).

e. L'Autriche (Loi du 25 décembre 1868).

f. L'Allemagne (Loi de l'Empire du 10 février 1877).

De plus, les projets de loi soumis à l'assemblée fédérale suisse ont admis la même réforme (*Bulletin de la société de législation comparée*, 1880, p. 468).

Quant aux détails de l'organisation de la faillite civile, ils ont été déjà examinés avec soin. (Garraud, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*).

Le caractère dominant de ce système serait : 1° la substitution d'une poursuite collective aux poursuites individuelles; 2° le remplacement de l'indisponibilité relative de certains immeubles par l'indisponibilité complète de tous les biens du débiteur.

On ferait disparattre ainsi, d'une part, la multiplicité des poursuites, qui cause la ruine du débiteur, et, d'autre part, les inégalités fâcheuses

auxquelles les différents créanciers se trouvent exposés. Notons cependant en terminant, que la plupart des États qui ont réglementé la faillite civile ont parallèlement conservé l'hypothèque judiciaire.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. En droit romain, le *jus distrahendi* n'a pas toujours été de l'essence de l'hypothèque.

II. Le créancier *prior* peut seul, en principe, procéder à la vente de la chose hypothéquée.

III. En cas de vente effectuée par le créancier *prior*, la mise en demeure du débiteur, antérieurement à cette vente, n'est pas nécessaire.

IV. Lorsque le créancier hypothécaire a vendu la chose soumise à son droit, et qu'une éviction s'est produite par suite d'un défaut de droit de ce créancier, celui-ci est tenu à la garantie envers l'acheteur, même quand il ignorait les vices de son droit.

DROIT FRANÇAIS

I. Un jugement validant une saisie-arrêt emporte hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur.

II. Les jugements préparatoires et interlocutoires n'engendrent jamais d'hypothèque judiciaire.

III. L'hypothèque judiciaire ne s'attache pas aux contraintes décernées par les receveurs de l'enregistrement.

IV. Les jugements étrangers ont, en France, l'autorité de la chose jugée; l'*exequatur* n'est nécessaire que lorsqu'on veut recourir à des mesures d'exécution : il doit être accordé sans revision au fond.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. La femme ne pouvait pas renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien.

II. En cas de stipulation de peine, ajoutée à une obligation principale contractée à terme, il n'est

pas nécessaire, pour que la peine soit encourue, que le débiteur soit en faute.

III. Dans le système de la procédure *extra ordinem*, la compensation n'opère pas par la seule force de la loi et sans aucun fait de l'homme; elle n'est pas un mode d'extinction des obligations.

IV. Justinien a établi la compensation dans les actions *in rem*.

DROIT FRANÇAIS

I. L'officier de l'état civil, appelé à dresser l'acte de naissance d'un enfant naturel, ne peut pas exiger du déclarant le nom de la mère.

II. Pour que, dans le cas particulier prévu par l'article 642 du Code civil, la prescription puisse s'accomplir au profit du propriétaire du fonds inférieur, il faut que les ouvrages soient établis sur le fonds supérieur.

III. Le servitude de passage en cas d'enclave ne cesse pas d'exister dans l'hypothèse où cette enclave viendrait à cesser d'une manière accidentelle ou même définitive, soit par la réunion du fonds enclavé à un autre fonds appartenant au même propriétaire, et joignant la voie publique, soit par l'établissement d'un chemin.

IV. La femme séparée de biens ne peut pas com-

promettre sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier.

V. Les héritiers réservataires, qui seraient remplis de leur réserve, si le donataire qu'ils attaquent par l'action en réduction, était solvable, peuvent exercer cette action, au cas d'insolvabilité de ce donataire, contre un donataire antérieur.

DROIT PÉNAL

I. La jurisprudence qui décide que le duelliste doit être poursuivi devant les tribunaux correctionnels est sujette à critique.

II. Le mineur de seize ans, acquitté faute de discernement, ne doit pas supporter les frais du procès.

III. L'article 44 du cahier des charges des chemins de fer, ne déclarant pas incessible le droit de chaque voyageur au transport gratuit de 30 kilogrammes, le fait, par un voyageur, d'emprunter divers bulletins pour faire transporter gratuitement l'excédent de ses bagages, ne constitue ni un délit pénal, ni même un délit civil.

IV. En cas de décès du prévenu, l'action *civile* qui subsiste reste soumise à la prescription *pénale*.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Le Sénat peut, alors même que les Chambres sont réunies en congrès, donner, en séance ordinaire, un avis conforme pour la dissolution de la Chambre des députés.

II. Un membre du parlement ne peut être poursuivi sans autorisation de la Chambre à laquelle il appartient, même si son élection n'est pas encore validée, même si elle est soumise à une enquête.

DROIT DES GENS

I. L'Etat qui refuse l'extradition, et autorise sur son territoire le séjour des condamnés politiques, est responsable des tentatives par lesquelles ils menaceraient l'ordre public et la sécurité des autres Etats.

II. Les bâtiments neutres qui stationnent dans un port bloqué peuvent, à tout instant du blocus, sortir avec leur cargaison entière.

Vu : le Doyen de la Faculté, Vu : le Président de la Thèse,

COLMET DE SANTERRE.

DESJARDINS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GREARD.

TABLE DES MATIÈRES

DE LA PIGNORIS DISTRACTIO

GÉNÉRALITÉS ET NOTIONS HISTORIQUES	1
CHAPITRE I. — Considérations sur l'origine et le fondement du <i>jus distrahendi</i>	11
CHAPITRE II. — Qui peut <i>distrahere</i>	16
CHAPITRE III. — Conditions d'exercice du <i>jus distrahendi</i>	24
CHAPITRE IV. — Des formes de la <i>distractio</i>	33
CHAPITRE V. — Des effets de la <i>distractio</i>	49

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

INTRODUCTION HISTORIQUE	61
CHAPITRE I. — Cas dans lesquels il y a lieu à l'hypothèque judiciaire.	74
CHAPITRE II. — Biens sur lesquels porte l'hypothèque judiciaire. .	127
CHAPITRE III. — Inscription de l'hypothèque judiciaire.	136
CHAPITRE IV. — Réduction de l'hypothèque judiciaire. Son extinction.	147
CHAPITRE V. — Examen critique. Législation comparée; sys- tème proposé.	154
<i>Positions</i>	177

